

# Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

*Astrid Epiney / Robert Mosters*

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

*Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2011/2012, Zürich/Bern 2012, S. 51-96. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

## A. Einleitung

Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die wichtigsten<sup>1</sup> Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Jahr 2011 geben.<sup>2</sup> Die wesentlichen Erwägungen des Gerichtshofs (meist mit den wichtigsten Sachverhaltselementen) werden zusammengefasst, in Bezug zur bisherigen Rechtsprechung gesetzt und – soweit angebracht – einer kurzen rechtlichen Bewertung unterzogen, die zu weiteren, vertieften Betrachtungen einlädt. Darüber hinaus sollen die Implikationen der besprochenen Urteile für die Schweiz skizziert werden, wobei es hier im Wesentlichen um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)<sup>3</sup> geht, das in der Schweiz die Rechtsstellung von Unionsbürgern massgeblich bestimmt. Soweit sich nämlich die

<sup>1</sup> Es geht also nicht darum, alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile zu behandeln, so dass keine Vollständigkeit angestrebt wird. Vielmehr sollen nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung im Bereich des Personenverkehrs zentralen und richtungsweisenden Urteile einbezogen werden, wobei diejenigen Urteile, die schwerpunktmässig steuer- und abgabenrechtliche Aspekte betreffen, weitgehend ausgespart werden. Vgl. zu letzteren den Beitrag von *Xavier Oberson* (in diesem Band).

<sup>2</sup> Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht 2003, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010 und 2010/2011 an. Vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU*, in: *Epiney/Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2010/2011*, 2011, 75 ff. Die Zusammenfassungen und Bewertungen einiger der im Folgenden besprochenen Urteile des EuGH werden auch in einem Beitrag in der *NVwZ 2012* veröffentlicht werden.

<sup>3</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114, 6 ff. Da die Europäische Union als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der Europäische Gemeinschaft getreten ist (Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV), ist sie seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages am 1.12.2009 statt der EG Vertragspartei des FZA.

neuen Urteile des EuGH auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte beziehen, die im FZA aufgegriffen werden (wobei die Beantwortung dieser Frage mitunter sehr komplex sein kann), werden sie häufig auch für die Rechtsentwicklung im Rahmen des FZA relevant sein. Jedenfalls müssen sie aber in der Schweiz zur Kenntnis genommen werden, und ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens sind zu analysieren.

Thematisch und systematisch ist dabei zwischen den das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20, 21 AEUV) betreffenden Urteilen (B.), solchen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV (C.) sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 49, 56 AEUV (D.) zu unterscheiden. Schliesslich ist auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Freizügigkeitsabkommen selbst einzugehen (E.).

## **B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20 und 21 AEUV)**

### **I. Reichweite des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV)**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-382/08, *Neukirchinger*)**

In der Rs. C-73/08<sup>4</sup> ging es um eine österreichische Vorschrift, wonach zur Durchführung von (touristischen) Fahrten in Heissluftballons in Österreich auch ein inländischer Wohn- oder Gesellschaftssitz erforderlich und jedenfalls eine Bewilligung einzuholen ist. Dies gilt auch, wenn die betreffende Person bereits in einem anderen Mitgliedstaat über eine derartige Bewilligung verfügt. Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass nach Art. 58 Abs. 1 AEUV die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV nicht als solche für den Bereich der Luftfahrt gelte. Für Ballonfahrten gebe es zwar sekundärrechtliche Vorschriften, die jedoch die Beförderung mit Heissluftballons aus ihrem Anwendungsbereich ausschlossen. Daraus folge aber nicht, dass eine solche Beförderungsart gänzlich vom Anwendungsbereich des Vertrages ausgenommen werden sollte, denn die Verpflichtung der Union zur Verwirklichung des Binnenmarktes umfasse auch die Beförderung von Fluggästen mit Heissluftballons. Daher sei die in Frage stehende Regelung am Massstab des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäss Art. 18 AEUV zu prüfen. Im Ergebnis stellte der Gerichtshof einen Verstoß gegen diese Vorschrift fest.

Das Erfordernis des Wohnsitzes oder des Gesellschaftssitzes im Inland als Voraussetzung für die Durchführung einer gewerblichen Ballonfahrt stelle eine versteckte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Dieses Unterscheidungsmerkmal (Wohnsitz) führe in der Praxis nämlich zum gleichen Ergebnis wie eine Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit, da die Gefahr bestehe, dass es sich hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer

---

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-382/08, *Neukirchinger*, Urt. v. 25.1.2011, EuZW 2011, 177.

Mitgliedstaaten auswirke, da Gebietsfremde meist Ausländer seien. Auch die Verpflichtung für Personen, die bereits in einem anderen Mitgliedstaat über eine Bewilligung für Ballonfahrten verfügen, in Österreich nochmals eine solche Bewilligung einzuholen, sei eine versteckte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, da eine solche Regelung die Betroffenen dazu verpflichte, ein zweites Mal alle Schritte zu unternehmen, die für die Erlangung einer Bewilligung erforderlich sind. Eine solche Verpflichtung betreffe in der Praxis grundsätzlich Angehörige anderer Mitgliedstaaten oder Gesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat.

Eine solche Regelung könne zwar grundsätzlich gerechtfertigt werden, im konkreten Fall sei eine solche Rechtfertigung jedoch nicht möglich. In Bezug auf das Wohnsitzerfordernis seien schon keine Rechtfertigungsgründe geltend gemacht worden. Das Bewilligungserfordernis diene zwar dem Schutz des Lebens und der Gesundheit der beförderten Personen. Jedoch berücksichtige die Regelung nicht angemessen, dass die Prüferfordernisse im Ergebnis inhaltsgleich mit denen für die Bewilligung sind, über die der Betroffene bereits in einem anderen Mitgliedstaat verfügt, so dass den erwähnten zwingenden Interessen des Allgemeinwohls damit bereits Rechnung getragen werde.

Das Urteil dürfte weniger in Bezug auf die Auslegung des Art. 18 AEUV – die auf der Linie der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt – von Bedeutung sein, denn in Bezug auf die Anwendung und Relevanz des Art. 18 AEUV im Dienstleistungssektor: Der Gerichtshof leitet nämlich letztlich aus der Pflicht der Union, (auch) im Verkehrssektor den Binnenmarkt zu verwirklichen, ab, dass die allgemeinen Vorschriften des Vertrages grundsätzlich auch auf den Verkehrssektor anwendbar sind. Dies gelte auch dann, wenn es um die Beschränkung einer Dienstleistung geht und die Heranziehung des Art. 18 AEUV letztlich eine Art Umgehung des Art. 58 AEUV darstellen könnte bzw. dazu führt, dass jedenfalls diskriminierende Regelungen im Verkehrssektor, die grundsätzlich von der Dienstleistungsfreiheit erfasst wären, an Art. 18 AEUV und damit an primärrechtlichen Massstäben zu prüfen sind.

## **2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Eine dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV nachgebildete Vorschrift findet sich in Art. 2 FZA. Dieser verbietet als allgemeines Diskriminierungsverbot (entsprechend den Art. 18 und 45 Abs. 2 AEUV im Unionsrecht) umfassend Diskriminierungen „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“. Letzteres ist dann der Fall, wenn sich ein Angehöriger einer Vertragspartei (etwa als Arbeitnehmer, Niedergelassener oder Nichterwerbstätiger, Art. 24 Anhang I FZA) auf Grund eines Aufenthaltsrechts aus dem Abkommen auf dem Territorium der anderen Vertragspartei aufhält. Somit liesse sich das Urteil des EuGH grundsätzlich auf das Abkommen übertragen.

Im vorliegenden Falle ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich um eine Regelung der Dienstleistungsfreiheit handelt, die lediglich wegen der Ausnahmegvorschrift des Art. 58 Abs. 1 AEUV nicht nach Art. 56 AEUV zu beurteilen ist. Die Dienstleistungsfreiheit wird im Abkommen jedoch nicht umfassend, sondern nur partiell übernommen. Obwohl überzeugende Gründe für einen anderen Ansatz

sprechen,<sup>5</sup> gehen sowohl das Bundesgericht<sup>6</sup> als auch der EuGH<sup>7</sup> davon aus, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen betreffe, nicht hingegen sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Folgt man dieser Rechtsprechung, stellt sich die Frage, ob die an sich denkbare Anwendung des Art. 2 FZA hier nicht doch ausgeschlossen sein soll, da die Vertragsparteien durch die Regelung der Dienstleistungsfreiheit im Abkommen zu erkennen gegeben haben, dass diese gerade nicht als Anspruch auf Dienstleistungserbringung im Sinne eines Beschränkungsverbot es erfasst sein soll. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass es hier zunächst nicht um einen Anwendungsfall des allgemeinen Beschränkungsverbot es, sondern um eine Diskriminierung geht. Letztlich dürfte aber doch ausschlaggebend sein, dass der Fall im Unionsrecht nach den Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit zu beurteilen wäre, wenn nicht die Ausnahmeregelung des Art. 58 Abs. 1 AEUV bestünde. Da davon auszugehen ist, dass die Vertragsparteien nur bestimmte Aspekte der Dienstleistungsfreiheit regeln wollten, kann aus der subsidiären Anwendung des Art. 18 AEUV im Unionsrecht nicht geschlossen werden, dass im FZA die Dienstleistungen im Bereich der Luftfahrt weitergehend liberalisiert werden sollten als andere Dienstleistungen.

Im Übrigen stellen die Ausführungen des Gerichtshofs zum Vorliegen einer indirekten Diskriminierung und zur Rechtfertigung, insbesondere zur Pflicht, die im Heimatstaat erfüllten Voraussetzungen anzuerkennen bzw. zu berücksichtigen, eine Fortführung der bisherigen Rechtsprechung dar. Sie lassen sich damit auch auf das Abkommen übertragen.

## **II. Zur Vereinbarkeit der Beschränkung des Zugangs zu einer beitragsunabhängigen Sozialleistung mit Art. 21 AEUV**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-503/09 – *Stewart*)**

In der Rs. C-503/09<sup>8</sup> ging es (wieder einmal<sup>9</sup>) um die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung, die den Anspruch auf eine beitragsunabhängige Sozialleistung von gewissen Wohnsitz- bzw. Aufenthaltsanforderungen abhängig machte, mit Art. 21

<sup>5</sup> Vgl. hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007, 101 (120 f.); *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008, 55 (82 f.); *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis, 2011, 81 (87 ff.).

<sup>6</sup> BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

<sup>7</sup> EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Slg. 2010, I-7233. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (120 ff.).

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-503/09, *Stewart*, Urt. v. 21.7.2011.

<sup>9</sup> Vgl. schon EuGH, Rs. C-224/98, *d'Hoop*, Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507; EuGH, Rs. C-103/08, *Gottwald*, Slg. 2009, I-9117.

AEUV.<sup>10</sup> Konkret stand eine britische Regelung zur Debatte, die den Erwerb eines Anspruchs auf kurzfristiges Arbeitsunfähigkeitsgeld für junge Menschen von der Voraussetzung vorherigen Aufenthalts (insgesamt 26 Wochen innerhalb der dem Zeitpunkt der Antragstellung unmittelbar vorangehenden 52 Wochen) in Grossbritannien abhängig macht und ausserdem verlangt, dass sich der Antragsteller zum Zeitpunkt der Antragstellung im Inland aufhält. Der Gerichtshof stellt zunächst eine Beschränkung des durch Art. 21 AEUV gewährleisteten Freizügigkeitsrechts fest. Denn die fragliche Anforderung könne Unionsbürger davon abhalten, von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen, und Antragsteller, die diese Freiheit nicht in Anspruch nehmen, erfüllten in aller Regel diese Aufenthaltsvoraussetzung. Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung sei aber grundsätzlich möglich, da es ein legitimes Anliegen des nationalen Gesetzgebers sei (bzw. sein könne), sich einer tatsächlichen Verbindung zwischen der eine Leistung beantragenden Person und dem zuständigen Mitgliedstaat zu vergewissern sowie das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Systems der sozialen Sicherheit zu gewährleisten. Es sei daher „legitim“, wenn ein Mitgliedstaat eine solche Leistung erst gewährt, wenn das Bestehen einer realen Verbindung des Antragstellers zum zuständigen Staat nachgewiesen werden konnte. Jedoch sei die in Frage stehende Regelung nicht erforderlich. Zwar könne das Erfordernis des Aufenthalts durchaus geeignet sein, das Bestehen einer solchen Verbundenheit zu belegen. Es sei aber nicht ausgeschlossen, dass diese auch durch andere repräsentative Umstände nachgewiesen werden kann. Der Gerichtshof nennt hier in Bezug auf den konkreten Ausgangssachverhalt den Umstand, dass die Antragstellerin bereits in mancher Beziehung in das nationale System der sozialen Sicherheit eingebunden sei, dass ihre Eltern (von denen sie als Behinderte abhängig ist) in Grossbritannien wohnhaft sind und dort eine Rente beziehen sowie dass sie sich als britische Staatsangehörige während eines erheblichen Teils ihres Lebens in Grossbritannien aufgehalten habe.

Das Urteil ist in mehrerer Hinsicht bemerkenswert:

- Erstens prüft es die nationale Regelung ausschliesslich am Massstab des durch Art. 21 AEUV gewährten Freizügigkeitsrechts und wendet letztlich aus dogmatischer Sicht ähnliche Grundsätze an wie im Rahmen der Grundfreiheiten. Eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts ist dabei u.a. immer dann anzunehmen, wenn die Personen, die von diesem Recht Gebrauch machen, direkt oder indirekt schlechter behandelt werden als diejenigen Personen, bei denen das nicht der Fall ist. Insofern spielt dann durchaus ein Diskriminierungselement wieder eine Rolle, wobei aber nicht mehr auf die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und damit auf Art. 18 AEUV abgestellt wird.
- Zweitens nimmt der Gerichtshof – in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung – auf der Rechtfertigungsebene einerseits auf die Verbundenheit mit dem jeweiligen Mitgliedstaat, andererseits auf das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit Bezug, um daran anschliessend das Erfordernis der Verbundenheit als „legitim“ zu bezeichnen und (nur) dieses auf seine Verhältnismässigkeit zu prüfen. Damit

---

<sup>10</sup> Der EuGH prüfte ausserdem die Vereinbarkeit der Regelung mit der VO 1408/71, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll.

bleibt die genaue dogmatische Konstruktion dieses „Verbundenheitserfordernisses“ etwas im Dunkeln: Insbesondere fragt es sich, ob dieses einen eigenen Rechtfertigungsgrund darstellt oder ob es im Zusammenhang mit einem (anderen) zwingenden Grund des Allgemeinwohls (z.B. der Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems sozialer Sicherheit) als sachlicher Grund für eine Differenzierung bzw. eine (materielle) Diskriminierung anzusehen ist. Die besseren Gründe dürften für die zuletzt genannte Ansicht sprechen, da es nur schwer nachvollziehbar ist, warum in einem Binnenmarkt und in einem Raum, in dem die Freizügigkeit der Unionsbürger umfassend gewährleistet ist, die „Verbundenheit“ einer Person mit einem bestimmten Mitgliedstaat einen „Selbstzweck“ darstellen kann. M.a.W. werden die Kriterien, die die Mitgliedstaaten zum Zwecke der Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit für die Versagung eines Anspruchs auf eine finanzielle Leistung heranziehen können, nach der hier vertretenen Ansicht entsprechend beschränkt.

- Schliesslich dürfte das Urteil in einem gewissen Spannungsverhältnis zu demjenigen in der Rs. C-158/07<sup>11</sup> stehen: Hier betonte der Gerichtshof nämlich, dass die erforderliche Integration – um die es auch in diesem Urteil ging – durch eine gewisse Aufenthaltsdauer als nachgewiesen angesehen werden könne, ohne darüber hinaus noch zu prüfen, ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit es nicht nahe legt, einen anderen Nachweis der Verbundenheit zumindest zuzulassen. Die Akzentverschiebung in der Rs. C-503/09 ist zu begrüßen, ist es doch tatsächlich nicht nachvollziehbar, warum die Verbundenheit nur durch ein Kriterium belegbar sein soll. Jedenfalls impliziert die neue Rechtsprechung, dass die diesbezüglichen nationalen Kriterien eine gewisse Flexibilität aufweisen müssen, was im Ergebnis bedeuten dürfte, dass typisierende Kriterien (wie etwa eine Mindestaufenthaltsdauer) grundsätzlich durch eine Art Öffnungsklausel – die es erlaubt, die Verbundenheit auf andere Weise darzulegen – relativiert werden müssen.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da sich das Urteil nicht auf das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV (ggf. in Verbindung mit Art. 21 AEUV) stützt, sondern allein auf das Aufenthaltsrecht gem. Art. 21 AEUV, stellt sich zunächst die Frage, ob sich derartige Ansprüche auch aus den Aufenthaltsrechten des Abkommens zu Gunsten der Arbeitnehmer (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 und Art. 6 Anhang I FZA), der Niederlassungsberechtigten (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 und Art. 12 Anhang I FZA) oder der Nichterwerbstätigen (Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA) ableiten lassen. Die Argumentation des EuGH stützt sich zum einen auf den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“) der gewährten Aufenthaltsrechte und wendet somit einen bekannten Grundsatz der früheren Rechtsprechung auf eine freilich vor der Unterzeichnung des Abkommens noch nicht

---

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507.

entschiedene Fallkonstellation an.<sup>12</sup> Auch hatte der EuGH jedenfalls bezüglich der Aufenthaltsrechte der Arbeitnehmer und Selbständigen bereits entschieden, dass diese ein allgemeines Beschränkungsverbot enthalten, so dass alle Massnahmen, die die Ausübung der Freizügigkeit erschweren oder weniger attraktiv machen, einen Eingriff in die jeweilige Grundfreiheit darstellen und einer (verhältnismässigen) Rechtfertigung bedürfen.<sup>13</sup> Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA sind die Bestimmungen des FZA entsprechend der Rechtsprechung des EuGH und somit unter Berücksichtigung des Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts auszulegen, so dass gute Gründe dafür sprechen, auch die neuere Rechtsprechung des EuGH, in der er die bisherigen Grundsätze lediglich auf neuere Fallgestaltungen anwendet, für das Abkommen zu übernehmen. Da auch der Aufenthaltsanspruch der Nichterwerbstätigen ein rechtlich durchsetzbarer und an klare Voraussetzungen geknüpfter Rechtsanspruch ist, der zudem schon vor der Unterzeichnung des Abkommens nicht nur in Art. 21 AEUV, sondern auch in den sekundärrechtlichen Gewährleistungen der Aufenthaltsrichtlinien begründet und ebenfalls nach dem Grundsatz des *effet utile* auszulegen war, dürfte auch für die Nichterwerbstätigen ein dem Unionsrecht entsprechender Anspruch bestehen.

Daneben ist aber auch denkbar, dass der gleiche Sachverhalt eine grundsätzlich verbotene und deshalb einer Rechtfertigung bedürftige Diskriminierung darstellt. Da es sich im vorliegenden Falle um eine nationale Regelung handelt, die den Anspruch auf eine beitragsunabhängige Sozialleistung von gewissen Wohnsitz- bzw. Aufenthaltsanforderungen abhängig macht, die typischerweise häufiger von eigenen Staatsangehörigen erfüllt werden, dürfte hier tatsächlich eine indirekte Diskriminierung vorliegen. Ansprüche auf Gleichbehandlung nach dem Freizügigkeitsabkommen können sich grundsätzlich aus Art. 9 oder 15 Anhang I oder Art. 2 FZA ergeben. Da es sich im vorliegenden Sachverhalt um den Anspruch auf kurzfristiges Arbeitsunfähigkeitsgeld für junge Menschen geht, ist davon auszugehen, dass die betreffende Person in aller Regel nicht erwerbstätig ist. In diesem Fall kommt nur das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA in Betracht. Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV ist für die Anwendung von Art. 2 FZA darauf abzustellen, ob der Anspruchsteller sich in einer Situation befindet, die durch das Abkommen geregelt ist. Dies ist etwa der Fall, wenn er von einem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht, das ihm auf Grund des Abkommens zusteht.<sup>14</sup> Da dies bei dem vom EuGH entschiedenen Sachverhalt der Fall war, käme es im Rahmen des FZA bei gleicher Sachverhaltskonstellation nicht darauf an, ob das Abkommen auch ein Beschränkungsverbot enthält (wie oben vertreten wurde).

Zu beachten ist im Übrigen, dass Angehörige der Vertragsparteien, die sich bis zu sechs Monate zum Zweck der Stellensuche auf dem Gebiet der anderen

<sup>12</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2008/2009, S. 53 (57 ff.).

<sup>13</sup> Zusammenfassend und mit eingehender Argumentation EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 93 ff.

<sup>14</sup> Ausführlicher hierzu bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf/Florence Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 85, 89 f.

Vertragspartei aufhalten dürfen, während der Dauer ihres Aufenthalts von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden können (Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA). Dagegen ging es bei dem vom EuGH entschiedenen Fall jedoch um eine Person, die bereits über ein Aufenthaltsrecht aus anderen Gründen verfügte, so dass die Ausnahmenvorschrift auf einen solchen Fall nicht anwendbar wäre. Das Freizügigkeitsabkommen sieht ausserdem in Art. 24 Abs. 8 Anhang I vor, dass das Aufenthaltsrecht derjenigen Personen, die sich als Nichterwerbstätige gestützt auf diesen Artikel auf dem Gebiet der anderen Vertragspartei aufhalten, nur so lange besteht, wie die Berechtigten über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, so dass sie während ihres Aufenthaltes keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen.

Die Ausführungen des EuGH zur Rechtfertigung der Regelung, insbesondere zum Kriterium der Verbundenheit mit dem leistenden Staat, stellen eine Fortführung der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung dar und lassen sich daher grundsätzlich auf das FZA übertragen, auch wenn die Details in der Rechtsprechung vor 1999 noch nicht entschieden waren und insoweit daher keine Berücksichtigungspflicht nach Art. 16 Abs. 2 FZA besteht. Denn letztlich müsste eine Auslegung der Abkommensbestimmungen im Lichte der „alten“ Rechtsprechung wohl zu ganz ähnlichen Ergebnissen kommen.

### **III. Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen von Unionsbürgern, die Angehörige von Drittstaaten sind**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

Drei Urteile aus dem Berichtszeitraum betrafen die Unionsbürgerschaft (Art. 20, 21 AEUV) und die Frage, inwieweit aus dieser Aufenthaltsrechte und sonstige Rechte für drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern abgeleitet werden können.

##### **a) Rs. C-34/09, Ruiz Zambrano**

In der Rs. C-34/09<sup>15</sup> stellte der Gerichtshof fest, einem drittstaatsangehörigen Elternteil, der seinen Kindern, die Unionsbürger sind, Unterhalt gewährt, könne der Aufenthalt im Wohnsitzmitgliedstaat der Kinder (dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen) nicht verweigert werden. Weiter sei ihm eine Arbeitserlaubnis zu erteilen. Begründet wurde dieser Ansatz damit, dass gegenteilige Entscheidungen den Kindern den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus (vgl. Art. 20 AEUV) verleiht, verwehrt. Denn diesfalls wären die Kinder gezwungen, das Gebiet der Union zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten bzw. es bestünde (im Falle der Verweigerung einer Arbeitserlaubnis) eine

---

<sup>15</sup> EuGH, Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Urt. v. 8.3.2011, EuZW 2011, 359. Vgl. hierzu bereits *Robert Mosters*, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Urteil vom 8. März 2011, ASYL 2011, 31 ff.



entsprechende Gefahr, so dass der Kernbestand der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht, betroffen wäre.

**b) Rs. C-434/09, *McCarthy***

In der Rs. C-434/09<sup>16</sup> entschied der EuGH, dass ein EU-Bürger, der noch nie sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat, sich nicht auf die Unionsbürgerschaft berufen kann, um den Aufenthalt ihres aus einem Drittstaat stammenden Ehegatten zu legalisieren. Die Klägerin besitzt sowohl die britische als auch die irische Staatsangehörigkeit. Sie ist im Vereinigten Königreich geboren und hat stets dort gelebt, ohne jemals ihr Recht, sich im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten der Union frei zu bewegen und aufzuhalten, ausgeübt zu haben. Sie ist nicht erwerbstätig und bezieht staatliche Sozialleistungen. Nach ihrer Eheschließung mit einem jamaikanischen Staatsangehörigen beantragte sie als irische Staatsangehörige, die sich als Unionsbürgerin im Vereinigten Königreich aufhalten möchte, bei den britischen Behörden eine Aufenthaltserlaubnis. Sie beruft sich dazu auf die Bestimmungen der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38. Ihr Ehemann beantragte eine Aufenthaltserlaubnis als Ehegatte einer Unionsbürgerin.

Der EuGH stellt zunächst fest, dass Berechtigte im Sinne von Art. 3 RL 2004/38 nur Unionsbürger seien, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben haben oder sich dort aufhalten, um dort von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen. Der bloße Umstand, dass ein Unionsbürger auch noch die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates besitze, habe insofern keinen Einfluss, denn dies bedeute nicht, dass er sich in einen anderen Staat begeben und dort aufgehalten habe. Daher konnte die Antragstellerin keine Rechte aus der Richtlinie geltend machen und auch abgeleitete Rechte ihres Ehegatten aus der Richtlinie bestanden somit nicht.

Einen primärrechtlich begründeten Anspruch unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft verneinte der EuGH ebenfalls. Frau *McCarthy* sei durch die Entscheidung der britischen Behörden, ihre irische Staatsangehörigkeit bei der Zuerkennung ihres Aufenthaltsrechts im Vereinigten Königreich ausser Acht zu lassen, weder in der Ausübung ihres Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Art. 21 AEUV), noch in einem anderen durch die Unionsbürgerschaft begründeten Recht berührt. Insbesondere sei sie nicht verpflichtet, das Territorium der EU zu verlassen. Der bloße Umstand, dass Frau *McCarthy* neben der Staatsangehörigkeit ihres Wohnsitzstaates noch die Staatsangehörigkeit eines weiteren Mitgliedstaates besitze, reiche nicht aus, um ihre Situation als von Art. 21 AEUV erfasst anzusehen. Anders als in den Rechtssachen *Rottmann*<sup>17</sup> und *Ruiz Zambrano* liege auch kein Eingriff in den Kernbestand der Rechte aus der Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) vor, da die Massnahme nicht zur Folge hat, dass die Unionsbürgerin die Unionsbürgerschaft als solche und damit alle Unionsbürgerrechte verliert (so im Falle *Rottmann*) oder verpflichtet wäre, das

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Urt. v. 5.5.2011. Siehe hierzu *Robert Mosters*, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rs. C-434/09, Shirley McCarthy / Secretary of State for the Home Department, Urteil vom 5. Mai 2011, ASYL 2011, 33 f.

<sup>17</sup> EuGH, Rs. C-135/08, *Rottmann*, Slg. 2010, I-1449. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (79 ff.).

Hoheitsgebiet der Union zu verlassen (so im Falle *Ruiz Zambrano*), denn Frau *McCarthy* könne sich weiter im Vereinigten Königreich aufhalten.<sup>18</sup>

**c) Rs. C-256/11, *Dereci***

In der Rs. C-256/11<sup>19</sup> stand die Frage zur Debatte, ob drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern (konkret ging es um österreichische Staatsangehörige), die nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben und hinsichtlich ihres Lebensunterhalts nicht auf die Beschwerdeführer der Ausgangsverfahren angewiesen sind, in Anwendung des Unionsrechts ein Aufenthaltsrecht in dem betreffenden Mitgliedstaat (Österreich) zusteht. Der Gerichtshof hält zunächst fest, die RL 2003/86 (Familienzusammenführungsrichtlinie) finde auf Familienangehörige von Unionsbürgern keine Anwendung, auch wenn diese keinen Gebrauch von ihrem Freizügigkeitsrecht gemacht haben. Die Unionsbürgerrichtlinie 2004/38<sup>20</sup> könne mangels eines grenzüberschreitenden Bezugs nicht herangezogen werden. Sodann fasst er die bereits in den Rs. C-34/09 und C-434/09 angestellten Erwägungen zusammen und präzisiert den Kernbestand der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleihe, dahingehend, dass sich der Unionsbürger *de facto* gezwungen sehen müsse, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats, dem er angehört, zu verlassen, sondern das Unionsgebiet als Ganzes. Hingegen rechtfertige die bloße Tatsache, dass es für einen Staatsbürger eines Mitgliedstaats aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union wünschenswert erscheinen könnte, dass sich drittstaatsangehörige Familienangehörige mit ihm zusammen im Unionsgebiet aufhalten können, nicht *per se* die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen, wenn dem Familienangehörigen kein Aufenthaltsrecht gewährt würde. Diese letztlich an das Urteil in der Rs. C-434/09 (*McCarthy*) anknüpfenden Ausführungen ergänzt der Gerichtshof mit einem Hinweis auf die Notwendigkeit der Prüfung der zur Debatte stehenden nationalen Massnahme am Massstab der Grundrechte. Dabei sei in Anwendung des Art. 51 GRCh das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens gemäss Art. 7 GRCh einschlägig, wenn die Situation der Beschwerdeführer unter das Unionsrecht fällt (was das nationale Gericht zu beurteilen habe), während ansonsten Art. 8 EMRK heranzuziehen sei.<sup>21</sup>

**d) Bewertung**

Der Gerichtshof nimmt damit immer dann ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers an, das unabhängig

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Urteil vom 5.5.2011, Rn. 50.

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci*, Urt. v. 15.11.2011.

<sup>20</sup> ABl. 2004 L 158, 77.

<sup>21</sup> Da einer der Beschwerdeführer türkischer Staatsangehöriger ist, geht der Gerichtshof auch noch auf den Beschluss 1/80 und Art. 41 Abs. 1 Zusatzprotokoll zum Assoziierungsabkommen EU-Türkei ein.

vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs gilt (für das die Doppelstaatsbürgerschaft nicht ausreicht, dies im Gegensatz zur Situation im Rahmen des Art. 18 AEUV, wo der Gerichtshof diese für die Begründung eines grenzüberschreitenden Bezugs heranzieht<sup>22</sup>), wenn bei Verweigerung eines derartigen Rechts der „Kernbestand“ der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht, beeinträchtigt ist. Dies sei dann gegeben, wenn der Unionsbürger *de facto* gezwungen ist, das Unionsgebiet zu verlassen. Ob diese Voraussetzung auch in anderen Konstellationen als in derjenigen der Rs. C-34/09 vorliegen kann, ergibt sich nicht klar aus der Rechtsprechung. Die beiden anderen Urteile lassen allerdings erkennen, dass grundsätzlich andere Konstellationen hier kaum vorstellbar sind, da offenbar eine faktische Unmöglichkeit des Verbleibens im Unionsgebiet verlangt wird. Alle Abgrenzungsfragen sind aber auch hiermit nicht geklärt. So könnte sich z.B. die Frage stellen, ob im Falle eines pflegebedürftigen erwachsenen Unionsbürgers, der von seinen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen gepflegt wird, deren Ausweisung den erwähnten Kernbestand der durch den Unionsbürgerstatus verliehenen Rechte berührt, und ob es auf diese Beurteilung einen Einfluss hat, ob sich die Betroffenen eine Pflege durch Dritte wirtschaftlich erlauben können. Weiter bleibt der Hinweis auf die mögliche Anwendbarkeit der Grundrechtecharta in der Rs. C-256/11 unklar: Denn der *Gerichtshof* hatte betont, aus dem Unionsbürgerstatus liessen sich keine Rechte der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ableiten. Dadurch wird die Frage aufgeworfen, warum es hier überhaupt um eine Konstellation gehen kann, die die Durchführung des EU-Rechts im Sinne des Art. 51 GRCh betrifft. Schliesslich bleibt noch festzuhalten (was in den Urteilen aber nicht angesprochen wurde), dass in denjenigen Konstellationen, in denen – wie in der Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*) – ein aus dem Unionsbürgerstatus abzuleitendes Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen zu bejahen ist, dieses Recht wohl aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit beschränkt werden kann. Hierbei wären dann aber jedenfalls die Unionsgrundrechte gemäss Art. 51 GRCh zu beachten, da es um die Beschränkung eines aus dem Unionsrecht abgeleiteten Rechts geht. Im Übrigen erscheint es schwer vorstellbar, dass der erwähnte „Kernbestand“ der Unionsbürgerrechte durch rein finanzielle Erwägungen – also insbesondere eine Sozialhilfeabhängigkeit des Familienangehörigen – beschränkt werden kann.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da das Freizügigkeitsabkommen keinen der Unionsbürgerschaft entsprechenden umfassenden Status der Staatsangehörigen der Vertragsparteien vorsieht, sind die unmittelbar auf die Unionsbürgerschaft und ihren Kerngehalt bezogenen

---

<sup>22</sup> Vgl. insbesondere die das Namensrecht betreffenden Urteile EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*, Slg. 2008, I-7639; EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Urt. v. 22.12.2010. Siehe hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2008/2009, S. 53 (55 ff.) und *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011, S. 75 (82 ff.).

Ausführungen des EuGH nicht auf das Abkommen übertragbar.<sup>23</sup> Allerdings kommt ein Aufenthaltsrecht der drittstaatsangehörigen Eltern eines Unionsbürgers im Kleinkindalter dann in Betracht, wenn dieser von seinem Recht auf Freizügigkeit nach dem Abkommen Gebrauch gemacht hat.<sup>24</sup> Dies dürfte etwa dann der Fall sein, wenn das Kleinkind die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei, nicht aber des Aufenthaltsstaats hat oder zuvor in einem anderen Vertragsstaat seinen rechtmässigen Wohnsitz hatte und über ausreichende finanzielle Mittel und eine Krankenversicherung verfügt, so dass es sich auf das Aufenthaltsrecht Nichterwerbstätiger gemäss Art. 24 Abs. Anhang I FZA berufen kann.<sup>25</sup>

## **C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)**

### **I. Freizügigkeitsbeschränkende tarifvertragliche Regelungen**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-379/09, *Casteels*)**

In der Rs. C-379/09<sup>26</sup> ging es um tarifvertragliche Regelungen in Deutschland, die Anwendung auf ein multinationales Unternehmen mit Betriebsstätten im EU-Ausland fanden. Die Regelungen sahen vor, dass Tätigkeiten von Arbeitnehmern in Betriebsstätten im Ausland (anders als die im Inland absolvierten Dienstjahre) nicht für die Anzahl Dienstjahre, die zum Erhalt einer Zusatzrente notwendig sind, angerechnet werden können. Weiter wird die Versetzung eines Arbeitnehmers in eine Betriebsstätte im EU-Ausland als Ausscheiden aus dem Betrieb angesehen (die für den Arbeitnehmer negative Konsequenzen nach sich zieht), während dies im Falle einer Versetzung im Inland nicht der Fall ist.

Der Gerichtshof stellt zunächst die Anwendbarkeit des Art. 45 AEUV auf Tarifverträge fest, da sich diese Bestimmung nicht nur auf behördliche Massnahmen, sondern auch auf Vorschriften anderer Art, die „zur kollektiven Regelung unselbständiger Arbeit dienen“, erstrecke. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der Gerichtshof hier nicht an seine Rechtsprechung der umfassenden Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die allerdings bislang lediglich für

<sup>23</sup> Vgl. Robert Mosters, ASYL 2011 (Fn. 15), 31 (33); zustimmend Véronique Boillet, La détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de justice : les implications des arrêts *Zambrano* et *McCarthy*, AJP 2012, 49 (55).

<sup>24</sup> Vgl. hierzu auch Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, SJER 2004/2005, 41 (42 ff.) zum Urteil in der Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925.

<sup>25</sup> In diese Richtung auch das schweizerische Bundesverwaltungsgericht, vgl. BVGer, C-8145/2010, Urt. v. 18.04.2011. Das Gericht knüpft an das Urteil des EuGH in der Rs. C-200/02 (*Zhu und Chen*), Slg. 2004 I-9925, an und erörtert u.a. im Einzelnen die Frage nach den für das Aufenthaltsrecht erforderlichen ausreichenden finanziellen Ressourcen.

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-379/09, *Casteels*, Urt. v. 10.3.2011.

(formell oder materiell) diskriminierende Regelungen festgestellt wurde,<sup>27</sup> anknüpft. Dies war angesichts des kollektiven Charakters der in Frage stehenden Regelung auch nicht notwendig. Gleichwohl bleibt damit nach wie vor die Frage offen, ob die erwähnte umfassende Drittwirkung des Art. 45 AEUV auch für Beschränkungen gilt. Denn die streitige Regelung stellte gerade keine Diskriminierung, sondern (nur, aber immerhin) eine ebenfalls von Art. 45 AEUV verbotene Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar: Eine solche liege immer dann vor, wenn die Ausübung der Grundfreiheit durch die betreffende Regelung oder Massnahme behindert oder weniger attraktiv gemacht werde. Diese Voraussetzung sei in Bezug auf die fragliche Regelung gegeben, da sie Arbeitnehmer, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch machen, indem sie sich zwecks Erwerbstätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat begeben, gegenüber denjenigen, die im Inland verbleiben, benachteilige.

Diese Beschränkung könne auch nicht gerechtfertigt werden, da es nicht um die Verhinderung einer „ungerechtfertigten Bereicherung“ der Wanderarbeitnehmer im Zuge des gleichzeitigen Anschlusses an mehrere betriebliche Systeme der Altersvorsorge in verschiedenen Mitgliedstaaten gehe. Denn die Regelung habe allein eine Benachteiligung des Arbeitnehmers durch den Verlust von Ansprüchen auf eine Zusatzrente für den Zeitraum zur Folge, in dem er dem deutschen Zusatzrentensystem angeschlossen war. Ansonsten könne das Ziel, die Beschäftigten an den Betrieb zu binden, jedenfalls nicht die Benachteiligung von Arbeitnehmern, die unter Ausübung ihres Rechts auf Freizügigkeit weiterhin beim selben Arbeitgeber beschäftigt sind, rechtfertigen.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsrechts der EU auf kollektive Regelungen in Tarifverträgen oder Regelwerken von Sport- und Berufsverbänden hat der EuGH bereits vor der Unterzeichnung des FZA wiederholt festgestellt<sup>28</sup>, so dass diese Rechtsprechung gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei der Anwendung des FZA zu übernehmen ist.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Vgl. grundlegend EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139. Siehe dazu ansonsten auch EuGH, Rs. C-9/07, *Raccanelli*, Slg. 2008, I-5939.

<sup>28</sup> Siehe betreffend Tarifverträge EuGH, Rs. C-15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetepoulou*, Slg. 1998, S. I-47, Rn. 12; zu kollektiven Regelungen von Sportverbänden EuGH, Rs. 36/74, *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405, Rn. 30 ff.; EuGH, Rs. 13/76, *Donà*, Slg. 1976, 1333, Rn. 17/18; EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 74 ff.

<sup>29</sup> In diesem Sinne betreffend Regelungen von Sportverbänden auch Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Gerichtspräsidentin 2, Entscheid in Sachen CEP Cortaillod / Swiss Athletics betreffend einstweilige Verfügung, Urteil vom 13.6.2008; hierzu *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport. Anmerkung zu einem Entscheid des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 13. Juni 2008, *AJP* 2008, 1233 ff. Ebenso für eine Drittwirkung in diesen Fällen mit ausführlicher Begründung *Vincent Martenet/Véronique Boillet*, *L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes*, *SJER* 2007/2008, 2008, 311, 327 ff.

Die Ausführungen des EuGH zur Rechtfertigung der Massnahme stellen letztlich eine Anwendung der in der Rechtsprechung des EuGH vor der Unterzeichnung des Abkommens etablierten Grundsätze auf eine neue Sachverhaltskonstellation dar und lassen sich daher ebenfalls auf das Abkommen übertragen. Dementsprechend müssten etwa Regelungen betreffend die Pensionskassen in der Schweiz (und entsprechende Regelungen für schweizerische Staatsangehörige in den EU-Staaten) jedenfalls dann nicht diskriminierend ausgestaltet sein, wenn die Regelung tarifvertraglicher Natur ist oder es sich bei der Pensionskasse um eine öffentliche Einrichtung handelt. Dies gilt z.B. für Regelungen betreffend diejenigen Arbeitnehmer, die die Schweiz vorübergehend oder dauerhaft verlassen. Auch dürften wegziehende Arbeitnehmer grundsätzlich nicht ungünstiger behandelt werden als in der Schweiz verbleibende, da eine solche Differenzierung als indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anzusehen wäre.

## **II. Exkurs: sekundärrechtlich gewährleistete Freizügigkeitsrechte**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

Verschiedene sekundärrechtliche Regelungen enthalten ebenfalls Freizügigkeitsrechte, die allerdings nicht an die Arbeitnehmereigenschaft, sondern an sonstige Tatbestände (wie die Eigenschaft als Familienangehörige freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger) anknüpfen. Diese stehen häufig, aber nicht immer, auch im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Darüber hinaus sind dem Sekundärrecht auch Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte von Drittstaatsangehörigen und deren Familienangehörigen zu entnehmen.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Unionsbürgerrichtlinie)<sup>30</sup>. Im Berichtszeitraum hatte der Gerichtshof sich mit der Auslegung einiger Bestimmungen dieses Rechtsakts zu befassen, wobei in erster Linie vier Urteile von Bedeutung sind.

#### **a) Rs. C-430/10, *Gaydarov***

Der Ausgangssachverhalt der Rs. C-430/10<sup>31</sup> betraf einen bulgarischen Staatsangehörigen, der in Serbien wegen unerlaubten Mitführens von Betäubungsmitteln zu neun Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden war, die er in Serbien verbüsst hatte. Die bulgarischen Behörden stellten dem Betroffenen nach seiner Rückkehr nach Bulgarien eine Verfügung zu, wonach es ihm nicht gestattet sei, das Land zu verlassen, und ihm keine Pässe oder Ersatzdokumente ausgestellt würden. In dem Vorabentscheidungsersuchen ging es um die vor dem Hintergrund

<sup>30</sup> ABl. 2004 L 158, 77.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. C-430/10, *Gaydarov*, Urt. v. 17.11.2011.

des Art. 21 AEUV (Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger) vorzunehmende Auslegung des Art. 27 Abs. 1 und 2 RL 2004/38, wonach die Mitgliedstaaten die Freizügigkeitsrechte eines Unionsbürgers oder ihrer Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränken dürfen. Dabei ist jedoch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren, es darf ausschliesslich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen abgestellt werden und strafrechtliche Verurteilungen allein können solche Massnahmen nicht begründen. Der Gerichtshof hält zunächst in einem ersten Schritt fest, dass die fragliche Situation in den Anwendungsbereich der RL 2004/38 (und des Art. 21 AEUV) falle, da das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger auch gegenüber dem „eigenen“ Mitgliedstaat geltend gemacht werden könne. Denn dieses Recht umfasse auch die Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat als den Herkunftsstaat zu begeben. Weiter habe das nationale Gericht ggf. nationales Recht, das im Widerspruch zu Art. 27 RL 2004/38 stehe, unangewendet zu lassen und eine entsprechende Verfügung ggf. aufzuheben, was deshalb relevant war, weil das bulgarische Umsetzungsgesetz der RL 2004/38 auf bulgarische Staatsangehörige keine Anwendung findet. In Bezug auf den vorliegenden Fall ergebe sich aus den Akten, dass die streitige Verfügung – die offenbar den Handel mit Betäubungsmitteln bekämpfen soll – ausschliesslich aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung erlassen wurde. Nach Art. 27 Abs. 2 RL 2004/38 aber sei eine strafrechtliche Verurteilung als solche gerade nicht allein ausreichend, um ohne Weiteres davon auszugehen, dass der Betroffene eine ein Grundinteresse der Gesellschaft berührende, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die allein geeignet ist, eine Beschränkung der ihm durch das Unionsrecht verliehenen Rechte zu rechtfertigen. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, in Bezug auf den konkreten Fall die erforderlichen Feststellungen zu treffen.

**b) Rs. C-434/10, *Aladzhov***

Die am selben Tag wie die Rs. C-430/10 entschiedene Rs. C-434/10<sup>32</sup> betraf ebenfalls ein bulgarisches Ausreiseverbot gegenüber einem eigenen Staatsangehörigen. Dieses war wegen einer fälligen Abgabenschuld verhängt worden und war bis zur Tilgung der Forderung des Staates oder zur Stellung einer Sicherheit für die gesamte Forderung befristet.

In Bezug auf die Einschlägigkeit der RL 2004/38 sowie der sich aus der RL 2004/38 ergebenden grundsätzlichen Verpflichtungen (obwohl bulgarische Staatsangehörige nicht in den Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes fallen) macht der Gerichtshof parallele Ausführungen wie in der Rs. C-430/10. Sodann betont er, die Beitreibung von Abgabenforderungen stelle grundsätzlich einen Grund der öffentlichen Ordnung im Sinne des Unionsrechts dar. Es gehe hier auch nicht grundsätzlich um wirtschaftliche Massnahmen, da die Beitreibung öffentlich-rechtlicher Forderungen die Finanzierung des Handelns des betreffenden Staates nach Massgabe von Entscheidungen sicherstellen solle, die u.a. Ausdruck seiner allgemeinen Wirtschafts- und Sozialpolitik seien. Ob aber nicht doch wirtschaftliche Gründe im vorliegenden Fall zur Debatte stehen, sei durch das nationale Gericht zu

<sup>32</sup> EuGH, Rs. C-434/10, *Aladzhov*, Urt. v. 17.11.2011.

prüfen. Dies gelte auch für die Frage, ob im konkreten Fall eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt und die z.B. mit der Höhe der in Rede stehenden Beträge oder den Erfordernissen der Bekämpfung von Steuerhinterziehung im Zusammenhang steht, wobei es sich um aussergewöhnliche Umstände handeln müsse. Allerdings stehe es nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang, wenn die einschlägige nationale Vorschrift keine Verpflichtung der zuständigen Stellen vorsehe, das persönliche Verhalten des Betroffenen bei der Verhängung der Sanktion zu berücksichtigen. Die blosse Möglichkeit einer solchen Berücksichtigung reiche nicht aus. Jedenfalls verstosse es gegen Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38, wenn die nationale Verfügung ausschliesslich auf das Bestehen der Abgabenschuld gestützt werde, ohne dass eine spezielle Beurteilung des persönlichen Verhaltens des Betroffenen stattgefunden hätte und auf irgendeine von ihm ausgehende Gefahr für die öffentliche Ordnung Bezug genommen worden wäre. Weiter weist der Gerichtshof darauf hin, dass das nationale Gericht im Zusammenhang mit der Geeignetheit der Massnahme zu prüfen habe, ob das in Rede stehende Verbot dadurch, dass es dem Betroffenen die Möglichkeit nimmt, einem Teil seiner Berufstätigkeit im Ausland nachzugehen, und ihn somit eines Teils seiner Einkünfte beraubt, geeignet ist, die mit ihm angestrebte Beitreibung der Steuer sicherzustellen, und hierzu erforderlich ist. Zu ebenso wirksamen Massnahmen könnten solche gehören, die aufgrund der RL 2008/55 über die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Abgaben, Zölle, Steuern und sonstige Massnahmen<sup>33</sup> ergriffen werden können.

Deutlich werden damit die sehr engen Handlungsspielräume bei Ausreiseverboten aufgrund bestehender Abgabenschulden: Keinesfalls kann eine solche „automatisch“ als Grund für ein derartiges Verbot angesehen werden, sondern neben der Berücksichtigung des persönlichen Verhaltens des Betroffenen ist insbesondere darzulegen, warum im konkreten Einzelfall eine aussergewöhnliche Situation vorliegt, die eine solche Massnahme erforderlich macht. Fragen wirft die Bemerkung des Gerichtshofs in Bezug auf das Vorliegen wirtschaftlicher Gründe auf: Offenbar soll auch die Beitreibung einer öffentlich-rechtlichen Abgabenschuld einen solchen wirtschaftlichen Grund darstellen können, wobei die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen dies angenommen werden soll, im Dunkeln bleiben.

### c) **Verb. Rs. C-424/10, C-425/10, Ziolkowski**

In den verb. Rs. C-424/10, C-425/10<sup>34</sup> ging es um das Recht auf Daueraufenthalt nach Art. 16 RL 2004/38. Der Fall betraf die Situation polnischer Staatsangehöriger, die vor dem Beitritt Polens nach Deutschland eingereist waren und dort von Anfang der 90er Jahre bis 2005 bzw. 2006 eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erhielten. Sie erfüllten gleichzeitig jedenfalls zum Zeitpunkt des Beitritts Polens zur EU nicht die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 für einen

<sup>33</sup> ABl. 2008 L 150, 28.

<sup>34</sup> EuGH, verb. Rs. C-424/10, C-425/10, *Ziolkowski*, Urt. v. 21.12.2011.



Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht.<sup>35</sup> Ihre Anträge auf Ausstellung einer Bescheinigung über ihr Daueraufenthaltsrecht aufgrund des Unionsrechts wurden abgelehnt.

Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 macht das Bestehen eines Daueraufenthaltsrechts von einem mindestens fünf Jahre dauernden „rechtmässigen“ Aufenthalt abhängig. Der Ausgangssachverhalt warf die Frage auf, ob die Rechtmässigkeit des Aufenthalts auf unionsrechtlichen Grundlagen beruhen muss oder ob ein rechtmässiger Aufenthalt auch dann vorliegt, wenn dieser sich allein aus nationalem Recht ergibt. Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass es sich bei dem Begriff der Rechtmässigkeit des Aufenthalts um einen autonomen Begriff des Unionsrechts handle. Sodann schloss er sich der erstgenannten, restriktiveren Sichtweise an, da Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 „im Einklang“ mit den in Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 aufgeführten Voraussetzungen zu verstehen sei, wobei er im Einzelnen auf folgende Erwägungen zurückgreift:

- Die Ziele der RL 2004/38 nähmen Bezug auf das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger (Erw. 1). Weiter solle die RL 2004/38 zwar auch die Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtern und verstärken; jedoch betreffe sie letztlich die Bedingungen, unter denen dieses Recht und das erstmals mit der RL 2004/38 eingeführte Daueraufenthaltsrecht ausgeübt werden könne. Schliesslich sollte mit der RL 2004/38 die bereichsspezifische und fragmentarische Regelung des Freizügigkeitsrechts überwunden und ein einziger Rechtsakt in diesem Gebiet erlassen werden.
- Die RL 2004/38 sehe hinsichtlich des Aufenthaltsrechts im Aufnahmemitgliedstaat ein abgestuftes System vor, das unter Übernahme im Wesentlichen der Stufen und Bedingungen, die in den vor dem Erlass dieser Richtlinie bestehenden EU-Rechtsakten vorgesehenen waren, sowie unter Einbezug der Rechtsprechung im Recht auf Daueraufenthalt münde. Dieses System wird vom Gerichtshof im Einzelnen beschrieben.
- Im 17. Erwägungsgrund zur RL 2004/38, der im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingeführt wurde, heisse es im Übrigen, das Recht auf Daueraufenthalt gelte für alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die sich „gemäss den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen“ während mindestens fünf Jahren im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben.
- Weiter verweise Art. 18 RL 2004/38 für Familienangehörige auf andere Vorschriften der Richtlinie, die ihrerseits vorsehen, dass die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 vorliegen.

Sodann betont der Gerichtshof, dass die Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft, die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit seit ihrem Inkrafttreten für die Mitgliedstaaten anwendbar seien. Sie seien deshalb auch auf die gegenwärtigen Wirkungen von zuvor entstandenen

---

<sup>35</sup> Diese Vorschrift macht ein Aufenthaltsrecht für Unionsbürger im Hoheitsgebiet eines anderen Staates für länger als drei Monate entweder von seiner wirtschaftlichen Tätigkeit (als Arbeitnehmer oder Selbständiger) oder von der Verfügbarkeit bzw. Glaubhaftmachung ausreichender Existenzmittel sowie eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes abhängig.

Sachverhalten anzuwenden. Daher seien Aufenthaltszeiten von Unionsbürgern in anderen Mitgliedstaaten, die vor dem Beitritt des Herkunftsstaats im Aufnahmestaat zurückgelegt wurden, bei der Berechnung der Mindestaufenthaltsdauer des Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 zu berücksichtigen, sofern die Beitrittsakte nicht etwas anderes vorsehe. Allerdings müssten diese Aufenthaltszeiten im Einklang mit den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 zurückgelegt worden sein.

**d) Rs. C-325/09, *Maria Dias***

Auch die Rs. C-325/09<sup>36</sup> betraf das Recht auf Daueraufenthalt nach Art. 16 RL 2004/38. Der Gerichtshof stellte hier fest, dass allein aus der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in Anwendung der unionsrechtlichen Vorgaben kein Aufenthaltsrecht und damit auch nicht die Rechtmässigkeit des Aufenthalts folgen könne, da der Aufenthaltserlaubnis nur ein deklaratorischer Charakter zukomme. Daher seien Aufenthaltszeiten, die nur auf der Grundlage einer rechtsgründig erteilten Aufenthaltserlaubnis zurückgelegt wurden, nicht auf die erforderlichen fünf Jahre anzurechnen.<sup>37</sup>

So überzeugend dieser Ansatz grundsätzlich ist, so sehr wirft er doch auch Fragen auf: Denn dem Rechtsunterworfenen wird mitunter nicht klar sein, dass er – trotz der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aufgrund des Unionsrechts – dennoch nicht aufenthaltsberechtigt ist, so dass er in Bezug auf seine Rechte im Unklaren ist.

## **2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Die Relevanz der erörterten Urteile für die Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens kann durch folgende Aspekte zusammengefasst werden:

- Da das Freizügigkeitsabkommen keine dem Art. 16 RL 2004/38 entsprechende Bestimmungen zu einem Recht auf Daueraufenthalt enthält, sind die unmittelbar auf die Begründung und Rechtswirkungen dieses Rechts bezogenen Ausführungen des Gerichtshofs nicht auf das Abkommen übertragbar.
- Das Recht, den eigenen Mitgliedstaat zu verlassen, ist in Art. 1 Abs. 2 Anhang I FZA ausdrücklich geregelt. Dieses Recht setzt grundsätzlich nur voraus, dass der Betreffende über einen gültigen Personalausweis oder Reisepass verfügt. Ebenso wie im Unionsrecht dürfen im Übrigen die im FZA vorgesehenen Rechte auf Einreise und Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat auch durch Massnahmen des eigenen Mitgliedstaates nur in den im Abkommen vorgesehenen Grenzen beschränkt werden. Auch insoweit sind daher die Ausführungen des Gerichtshofs zum Recht auf Ausreise und

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-325/09, *Maria Dias*, Ur. v. 21.7.2011.

<sup>37</sup> Allerdings könnten – in Anknüpfung an EuGH, Rs. C-162/09, *Lassal*, Ur. v. 7.10.2010 – solche Aufenthaltszeiten von weniger als zwei aufeinanderfolgenden Jahren, die vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist und nach einem vor diesem Zeitpunkt zurückgelegten ununterbrochenen rechtmässigen Aufenthalt von fünf Jahren eingetreten sind und lediglich auf einer Aufenthaltserlaubnis (ohne dass ein Aufenthaltsrecht bestanden habe) beruhten, den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nicht berühren.

Wegzug grundsätzlich auf das Abkommen übertragbar, sofern dieses ein entsprechendes Aufenthaltsrecht auf dem Gebiet einer anderen Vertragspartei gewährt.

- Bei den Ausführungen des Gerichtshofs zu den auf Grund der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit gerechtfertigten Ausnahmen ist zu berücksichtigen, dass die Unionsbürgerrichtlinie 2004/38 diesbezüglich nunmehr ein gestaffeltes System vorsieht, das mit zunehmender Aufenthaltsdauer einen höheren Ausweisungsschutz gewährt. So können insbesondere Personen mit einem Recht auf Daueraufenthalt nach der Richtlinie nur unter strengeren Bedingungen ausgewiesen werden (Art. 27 und 28 RL 2004/38). Demgegenüber verweist das FZA in Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA noch auf die alte Regelung in RL 64/221, die ein solcherart gestaffeltes System nicht ausdrücklich normiert. Die Ausführungen des Gerichtshofs zur Rechtfertigung sind daher nicht ohne weiteres auf das Abkommen übertragbar. Sofern sie jedoch Aspekte erläutern, die auch der vor der Unterzeichnung des Abkommens in der EU geltenden Rechtslage entsprechen (z.B. Definition der Begriffe öffentliche Sicherheit und Ordnung; Verbot von Ausweisungen aus generalpräventiven Gründen; Notwendigkeit einer Überprüfung im Einzelfall; keine automatische Ausweisung bei bestimmten Deliktsarten oder Strafhöhen; Durchführung einer Verhältnismässigkeitsprüfung etc.), stellen die Erläuterungen die Fortführung der vor dem Stichtag des Art. 16 Abs. 2 FZA ergangenen Rechtsprechung dar und wenden die zuvor bereits etablierten Grundsätze jeweils auf neue konkrete Sachverhalte an. Insoweit lassen sich die Ausführungen also auch auf das FZA übertragen. Im Übrigen ist auch bei der Auslegung des FZA im Rahmen der umfassenden Verhältnismässigkeitsprüfung die Aufenthaltsdauer im Aufnahmestaat als ein Kriterium zu berücksichtigen.

## **D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 und 56 AEUV)**

### **I. Voraussetzungen des Vorliegens einer Beschränkung**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-565/08, *Kommission/Italien*)**

Grundlegende Aussagen zu den Voraussetzungen für das Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit sind der Rs. C-565/08<sup>38</sup> zu entnehmen. Zentral war hier die Frage, ob die in Italien aus Gründen des Verbraucherschutzes vorgesehenen gesetzlichen Höchstsätze für Rechtsanwaltsgebühren eine Beschränkung der Art. 49, 56 AEUV darstellen. Der

---

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-565/08, *Kommission/Italien*, Urt. v. 29.3.2011, EuZW 2011, 400.

Gerichtshof verneinte diese Frage: Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs lägen (nur) dann vor, wenn die zur Debatte stehenden Massnahmen die Ausübung dieser Freiheiten verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen. Davon seien insbesondere solche Massnahmen erfasst, die – obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind – den Marktzugang aus anderen Mitgliedstaaten betreffen. Allerdings stelle eine mitgliedstaatliche Regelung nicht schon deshalb eine Beschränkung im Sinne des Vertrages dar, weil andere Mitgliedstaaten die entsprechende Frage weniger streng oder wirtschaftlich interessanter regeln, so dass allein die Notwendigkeit, sich mit den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaates vertraut machen zu müssen, um sich dort niederzulassen oder dort Dienstleistungen zu erbringen, nicht auf das Vorliegen einer Beschränkung schliessen lassen könne. Eine Beschränkung bestehe jedoch insbesondere dann, wenn den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Marktteilnehmern die Möglichkeit genommen werde, unter Bedingungen eines normalen und wirksamen Wettbewerbs in den Markt des Aufnahmemitgliedstaats einzutreten. Dies sei von der Kommission in Bezug auf die zur Debatte stehende Regelung nicht dargetan worden, insbesondere angesichts der Flexibilität der italienischen Gebührenregelung, die durchaus Durchbrechungen der grundsätzlich geltenden Höchstsätze erlaube.

Auch dieses Urteil dürfte indessen die Frage nach den genauen Konturen und Voraussetzungen des Vorliegens einer Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nicht abschliessend klären. Der Gerichtshof vermeidet es, auf die im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit massgebliche sog. Keck-Rechtsprechung zurückzugreifen, obwohl sich ein solcher Rückgriff bei der vorliegenden Fallgestaltung durchaus hätte aufdrängen können, da es um eine „Berufsausübungsregelung“ ging, die nicht diskriminierend ausgestaltet ist und als solche den Marktzugang gerade nicht verhindert. Stattdessen stellt der EuGH entscheidend eben auf den Marktzugang ab, der durch die fragliche Regelung nicht beeinträchtigt sei. Auch die Art und Weise des Rückgriffs auf dieses Kriterium wirft gewisse Fragen auf: So leitet der EuGH die entsprechenden Passagen jeweils mit „insbesondere“ ein, was darauf schliessen lässt, dass Beschränkungen auch in anderen Konstellationen vorliegen können. Es bleibt aber unklar, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein soll, insbesondere in Bezug auf unterschiedslos anwendbare Massnahmen. Weiter und damit in engem Zusammenhang stehend begründet der Gerichtshof das Nichtvorliegen einer Beschränkung massgeblich mit dem Umstand, dass die Gebühren ggf. erheblich über den grundsätzlich geltenden Satz hinaus erhöht werden könnten. Hieraus wird man schliessen können, dass bereits allein die Flexibilität der Gebührensätze zur Verneinung der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Art. 49, 56 AEUV führt, ohne dass es darauf ankommt, ob es die Regelung erlaubt, im Wesentlichen ähnlich hohe Gebühren wie im Herkunftsstaat zu erheben, was denn auch vom Gerichtshof gerade nicht geprüft wurde. Im Umkehrschluss kann man daraus aber schliessen, dass eine sehr starre Gebührenhöchstregelung offensichtlich eine Beschränkung der Art. 49, 56 AEUV darstellte, wobei jedoch unklar bleibt, wo hier genau die Grenzen liegen. Jedenfalls lässt sich aus dem Urteil ableiten, dass allein gewisse Zusatzkosten oder / und eine Reduktion der Gewinnspanne für das Vorliegen einer Beschränkung nicht ausreichen sollen. Vielmehr lässt das Urteil insgesamt den Schluss zu, dass bei unterschiedslos

anwendbaren Massnahmen ein Eingriff in Art. 49, 56 AEUV nur bei einer merklichen Erschwerung des Marktzugangs zu bejahen ist, wobei es bedauerlich ist, dass die genauen dogmatischen Konturen des verwandten Beschränkungsbegriffs nach wie vor verschwommen bleiben.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei, der sich im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei niederlassen will, hat gemäss Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Anhang I FZA das Recht, sich dort aufzuhalten und einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Dieses Recht entspricht den Gewährleistungen der Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV. Der Gerichtshof hatte bereits vor der Unterzeichnung des FZA in ständiger Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten entschieden, dass alle Massnahmen, die die Ausübung der gewährten Rechte beschränken oder weniger attraktiv machen, einen Eingriff in die jeweilige Grundfreiheit darstellen und einer (verhältnismässigen) Rechtfertigung bedürfen (sog. allgemeines Beschränkungsverbot).<sup>39</sup> Da es sich letztlich um parallel zum EU-Recht ausgestaltete Gewährleistungen handelt, ist auch die Niederlassungsfreiheit im FZA, insbesondere die Rechte auf Aufenthalt und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit, als allgemeines Beschränkungsverbot zu interpretieren. Die Ausführungen des EuGH zu der Frage, wann eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliegt, konkretisieren dieses allgemeine Beschränkungsverbot. Der Gerichtshof wendet dabei weitgehend bekannte Grundsätze der früheren Rechtsprechung auf eine freilich vor der Unterzeichnung des Abkommens noch nicht entschiedene Fallkonstellation an, so dass es sich letztlich um eine Fortführung bzw. Weiterentwicklung im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung handelt. Das Urteil lässt sich daher im Ergebnis durchaus auf die Niederlassungsfreiheit nach dem Abkommen übertragen. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die im FZA gewährte Niederlassungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH nicht auf juristische Personen anwendbar ist.<sup>40</sup>

Demgegenüber wird die Dienstleistungsfreiheit im Abkommen nur eingeschränkt gewährt. Eine Übertragung des Urteils auf das FZA kommt insoweit daher nur in Betracht, sofern das Abkommen Beschränkungen der mit der Dienstleistungsfreiheit verbundenen Rechte verbietet. Obwohl überzeugende Gründe für einen anderen Ansatz sprechen,<sup>41</sup> gehen sowohl das Bundesgericht<sup>42</sup> als auch der EuGH<sup>43</sup> davon

<sup>39</sup> Vgl. nur EuGH, Rs. 55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37. Zu dem parallel ausgestalteten allgemeinen Beschränkungsverbot bzgl. der Arbeitnehmerfreizügigkeit siehe EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 93 ff.

<sup>40</sup> EuGH, Rs. 541/08, *Fokus Invest*, Slg. 2010, I-1025. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (119 f.). Im Ergebnis übereinstimmend und mit näherer Begründung bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010, 77 (98 f.).

<sup>41</sup> Vgl. hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007, 101 (120 f.); *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008, 55 (82 f.); *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Fn. 5), 81 (87 ff.).

<sup>42</sup> BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

aus, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen betreffe, nicht hingegen sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Folgt man dieser Rechtsprechung, lässt sich das Urteil des EuGH hinsichtlich der Anwaltsgebühren nicht auf das Abkommen übertragen, da dem Abkommen keine dem Unionsrecht entsprechenden Rechte zu entnehmen sind.

## **II. Kostenerstattung im Gesundheitswesen**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-490/09, *Kommission/Luxemburg*, Rs. C-255/09, *Kommission/Portugal*)**

In zwei Urteilen führte der Gerichtshof seine Rechtsprechung zur Kostenerstattung im Gesundheitswesen weiter:

- In der Rs. C-490/09<sup>44</sup> stellte der Gerichtshof einen Verstoß Luxemburgs gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV fest. Die luxemburgische Regelung sah die Erstattung von Kosten für in anderen Mitgliedstaaten durchgeführte Analysen und Laboruntersuchungen nur durch eine unmittelbare Übernahme durch die Krankenkassen unter Ausschluss einer Kostenerstattung an die Sozialversicherten vor. Nach der Auffassung des EuGH beschränkte das luxemburgische System die Dienstleistungsfreiheit, da bei nicht vertraglich gebundenen Leistungserbringern (die vertraglich gebundenen Leistungserbringer sind grundsätzlich in Luxemburg ansässig) allein die Kostenerstattung an die Sozialversicherten in Betracht komme, so dass das luxemburgische System dazu führe, dass zwar Leistungen im Ausland in Anspruch genommen werden könnten, deren Kosten jedoch nicht durch die Krankenkassen erstattet würden. Eine Rechtfertigung aus Gründen der Sicherstellung einer ausgewogenen, allen zugänglichen ärztlichen und klinischen Versorgung sei zwar grundsätzlich möglich. Jedoch habe Luxemburg weder dargetan, dass eine Gefährdung dieser Versorgung bestehe, noch erläutert, warum die Nichterstattung der Kosten von in einem anderen Mitgliedstaat durchgeführten Analysen und Laboruntersuchungen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit beitrage und verhältnismässig sei.
- In der Rs. C-255/09<sup>45</sup> bejahte der Gerichtshof ebenfalls einen Verstoß gegen Art. 56 AEUV. Der Sachverhalt betraf eine portugiesische Regelung, wonach – ausser in bestimmten sekundärrechtlich geregelten Konstellationen – eine Erstattung für in einem anderen Mitgliedstaat angefallene Krankheitskosten für ambulante Behandlungen ohne den Einsatz kostspieliger Grossgeräte ausgeschlossen ist bzw. die Erstattung von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig macht. Unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung legt der Gerichtshof zunächst ausführlich dar, dass die in

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Slg. 2010, I-7233. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (120 ff.).

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-490/09, *Kommission/Luxemburg*, Urt. v. 27.1.2011.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-255/09, *Kommission/Portugal*, Urt. v. 27.10.2011.

Frage stehenden Erfordernisse eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen. Eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit komme nicht in Betracht, da es sich zum einen nicht um Krankenhausbehandlungen oder um Behandlungen mit besonders kostspieligen Grossgeräten handle und Portugal zum anderen keine konkreten Angaben gemacht habe, um sein Vorbringen zu untermauern, dass das finanzielle Gleichgewicht der Sozialversicherungsträgers erheblich beeinträchtigt würde, wenn die in Frage stehende Beschränkung wegfiel. Auch aus den Verfahrensakten ergäben sich keine Anhaltspunkte für diese Annahme. Eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Sicherung der Qualität der Gesundheitsdienstleistungen scheide schon aufgrund der Existenz entsprechender unionsrechtlicher Koordinierungs- und Harmonisierungsvorschriften aus.

Beide Urteile greifen im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs<sup>46</sup> auf und wenden sie auf weitere nationale Regelungen an, so dass sie letztlich die inzwischen gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofs in diesem Bereich fortschreiben und bestätigen.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Geht man mit dem Bundesgericht<sup>47</sup> und dem EuGH<sup>48</sup> davon aus, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen betreffe<sup>49</sup>, nicht hingegen sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, lässt sich das Urteil des EuGH hinsichtlich der Erstattung von Gesundheitskosten nicht auf das Abkommen übertragen, da dem Abkommen keine dem Unionsrecht entsprechenden Rechte zu entnehmen sind.

## III. Glücksspiele

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

In zwei Urteilen standen erneut<sup>50</sup> Fragen der Vereinbarkeit von Regelungen über Glücksspiele mit der Dienstleistungs- und / oder der Niederlassungsfreiheit zur Debatte.

---

<sup>46</sup> Zu dieser *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (96 ff.), m.w.N.

<sup>47</sup> BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

<sup>48</sup> EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Urte. v. 15.7.2010. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (120 ff.).

<sup>49</sup> Siehe oben D.I.2.

<sup>50</sup> Der EuGH hatte sich bereits verschiedentlich mit dieser Thematik zu befassen. Vgl. zur Rechtsprechung im Jahr 2009 (mit Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung) *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG, SJER 2009/2010,

**a) Rs. C-212/08, Zeturf**

Gegenstand der Rs. C-212/08<sup>51</sup> war eine französische Monopolregelung bei Glücksspielen, derzufolge für Pferdewetten auch ausserhalb von Rennplätzen ein Monopol besteht. Die Regelung wurde begründet mit dem Ziel der Bekämpfung der mit solchen Glücksspielen verbundenen Gefahren, insbesondere der Vermeidung von Anreizen zu übermässigen Ausgaben und der Bekämpfung der Spielsucht. Der Gerichtshof bejahte im Grundsatz die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art. 56 AEUV, da im Falle des Anlegens eines besonders hohen Schutzniveaus in Bezug auf die erwähnten öffentlichen Interessen durch den betreffenden Mitgliedstaat die Gewährung ausschliesslicher Rechte zur Durchführung bestimmter Glücksspiele an eine einzige Einrichtung, die von den Behörden genau überwacht wird, ein verhältnismässiges Mittel zur Verfolgung dieser Zielsetzungen darstellen könne. Dabei hätten die nationalen Gerichte zu überprüfen, ob tatsächlich ein so hohes Schutzniveau angelegt werden soll, das Monopol tatsächlich als erforderlich angesehen werden kann und die staatlichen Kontrollen kohärent und systematisch durchgeführt werden, so dass die mit dem Monopol verfolgten Ziele tatsächlich erreicht werden können. Gleichzeitig betont der Gerichtshof, dass der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit durch ein solches Monopol nur dann durch die Zielsetzungen der Kriminalitätsbekämpfung und der Verringerung der Spielgelegenheiten gerechtfertigt werden könne, wenn die mit dem Spielen verbundenen kriminellen und betrügerischen Tätigkeiten und die Spielsucht in dem betroffenen Mitgliedstaat tatsächlich ein Problem darstellten, dem durch die Ausweitung der Tätigkeiten des Monopols abgeholfen werden könne. Ausserdem müsse die Werbung massvoll und strikt auf das begrenzt sein, was erforderlich ist, um die potentiellen Spieler auf die genehmigten Spiele aufmerksam zu machen. Lediglich der Umstand, dass die Zulassung und Kontrolle mehrerer Anbieter den mitgliedstaatlichen Behörden höhere Kosten verursachen könnte, könne jedoch nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen werden, da es insoweit um verwaltungstechnische Aspekte bzw. Nachteile gehe, die eine Beschränkung der Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen vermögen. Ebensowenig könne der Umstand, dass Einnahmen aus Glücksspielen in erheblichem Umfang zur Finanzierung uneigennütziger bzw. im Allgemeininteresse liegender Anliegen eingesetzt werden, ein Monopol für Glücksspiele rechtfertigen, da es sich hierbei um wirtschaftliche Gründe handle.

Das Urteil liegt auf einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung, wenn auch einige Aspekte in Bezug auf die Anforderungen an die Rechtfertigung präzisiert werden, wobei teilweise ein eher strenger Massstab angelegt wird. Dies ist etwa der Fall, wenn der Mitgliedstaat die Erfüllung der Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips im Einzelnen – offenbar auch durch entsprechende empirische und sonstige Untersuchungen bzw. Belege – nachzuweisen hat, wobei der Gerichtshof aber auch betont, dass das ggf. hohe Schutzniveau des betroffenen Mitgliedstaates ausschlaggebend sei. Damit wird (einmal mehr) klargestellt, dass die Entscheidung über die Höhe des Schutzniveaus als solche in der Kompetenz der

---

2010, 77 (93 f.); zur Rechtsprechung im Jahr 2010 *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (99 ff.).

<sup>51</sup> EuGH, Rs. C-212/08, *Zeturf*, Urt. v. 30.6.2011, EuZW 2011, 674.



Mitgliedstaaten liegt. Verallgemeinert man die Aussagen des Gerichtshofs zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Monopolen aus Gründen der Betrugsbekämpfung und der Eindämmung von Spielsucht, so folgt aus dem Kohärenzgebot, dass – immer bei Zugrundelegung eines sehr hohen Schutzniveaus – nur im Falle einer sehr weitgehenden staatlichen Kontrolle des Anbieters und einer Beschränkung von Umfang und Qualität der Werbung eine Rechtfertigung in Betracht kommt. Weiter zieht der Gerichtshof den Kreis der möglichen Rechtfertigungsgründe insofern recht eng, als er auch die Finanzierung von im Allgemeininteresse liegenden Anliegen offenbar vollumfänglich als wirtschaftlichen Grund einstuft, obwohl es hier nicht um eigentlich protektionistische Zielsetzungen und auch nicht *per se* um eine Erhöhung staatlicher Einnahmen geht.

**b) Rs. C-347/09, *Dickinger***

In der Rs. C-347/09<sup>52</sup> ging es um die Vereinbarkeit eines Monopols für Internet-Glücksspiele mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV. Der Gerichtshof stellte zunächst die Anwendbarkeit des Art. 56 AEUV (und nicht der Niederlassungsfreiheit) auch für den Fall fest, dass ein Anbieter von Internet-Glücksspielen im Aufnahmemitgliedstaat eine bestimmte EDV-Infrastruktur (wie etwa einen Server) betreibt und EDV-Supportleistungen eines im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Dienstleisters in Anspruch nimmt. Denn dies impliziere nicht die für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit notwendige stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben im Aufnahmemitgliedstaat, da es den Kunden nicht möglich sei, die angebotenen Dienste mittels einer ständigen Präsenz im Aufnahmemitgliedstaat in Anspruch zu nehmen. In der Sache betonte der Gerichtshof auch in diesem Urteil, die Errichtung eines Monopols könne zur Verwirklichung eines hohen Schutzniveaus im Bereich der Bekämpfung der Kriminalität und der Spielsucht notwendig sein, wobei er parallele Erwägungen heranzog wie in der Rs. C-212/08. Zusätzlich weist er darauf hin, dass der Umstand, dass ein anderer Mitgliedstaat ein anderes Schutzniveau anlegt, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der in Frage stehenden nationalen Bestimmungen entfalte, so dass auch die Kontrollsysteme in anderen Mitgliedstaaten nicht zwingend zu berücksichtigen seien. Letzterer Aspekt wird insbesondere mit den Schwierigkeiten der Behörden des Sitzmitgliedstaats sowie den unterschiedlichen technischen Möglichkeiten der Kontrolle von Online-Spielen in den verschiedenen Mitgliedstaaten begründet. Letzterer Aspekt ist insofern bemerkenswert, als der Gerichtshof hiermit offenbar von vornherein eine gegenseitige Anerkennung nationaler Kontrollmassnahmen ausschliessen will, ohne dass eine Prüfung im Einzelfall verlangt wird. Dies steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den ansonsten zum Zuge kommenden Grundsätzen, wonach grundsätzlich bereits im Herkunftsstaat erfüllte Anforderungen zu berücksichtigen sind. Im Übrigen vermag das Urteil einmal mehr den vergleichsweise recht grossen Gestaltungsspielraum zu illustrieren, den der Gerichtshof den Mitgliedstaaten im Glücksspielsektor einräumt.

<sup>52</sup> EuGH, Rs. C-347/09, *Dickinger*, Urt. v. 15.9.2011, EuZW 2011, 841.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da die soeben behandelten Urteile des Gerichtshofs zu Glücksspielen jeweils die Dienstleistungsfreiheit betreffen, lassen sie sich als solche nicht auf das FZA übertragen, wenn man mit dem Bundesgericht<sup>53</sup> und dem EuGH<sup>54</sup> davon ausgeht, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen betreffe<sup>55</sup>, nicht hingegen sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.

Die Urteilsbegründungen enthalten jedoch Ausführungen, die auch im Rahmen des FZA relevant sein können. So orientiert sich die Abgrenzung zwischen der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit im Urteil in der Rs. *Dickinger* an den in der Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des FZA entwickelten Kriterien. Demnach dürften auch im Rahmen des FZA die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit nicht schon dann anwendbar sein, wenn ein Anbieter von Internet-Glücksspielen oder anderen Leistungen im Aufnahmemitgliedstaat eine bestimmte EDV-Infrastruktur (wie etwa einen Server) betreibt und EDV-Supportleistungen eines im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Dienstleisters in Anspruch nimmt.

Auch die Ausführungen des Gerichtshofs zur Rechtfertigung lassen sich grossteils auf das Abkommen übertragen. So folgt bereits aus der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips, dass die Massnahmen des Mitgliedstaates eine kohärente Politik verfolgen müssen, auch wenn den Mitgliedstaaten bei der Bestimmung des insgesamt zugrunde gelegten Schutzniveaus ein erheblicher Entscheidungsspielraum zugebilligt wird. Dieses „Kohärenzgebot“ lässt sich wegen seiner Herleitung aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip auch auf andere Grundfreiheiten und Fallkonstellationen übertragen.

## IV. (Sonstige) Marktzugangsbeschränkungen

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

#### a) Rs. C-387/10, *Kommission/Österreich*

Wie der Gerichtshof in der Rs. C-387/10<sup>56</sup> feststellte, ist eine nationale Regelung, wonach nur im Inland niedergelassene Kreditinstitute oder inländische Wirtschaftstreuhänder als steuerliche Vertreter von Investment- oder Immobilienfonds bestellt werden können, nicht mit Art. 56 AEUV und Art. 36 EWR-Abkommen vereinbar. Eine solche Massnahme stelle eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, die auch nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden könne. Denn das Anliegen der

<sup>53</sup> BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

<sup>54</sup> EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Urt. v. 15.7.2010. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (120 ff.).

<sup>55</sup> Siehe oben D.I.2.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. C-387/10, *Kommission/Österreich*, Urt. v. 29.9.2011, EuZW 2011, 832.

Gewährleistung eines angemessenen Niveaus der Fachkompetenz habe nichts mit dem Erfordernis der inländischen Präsenz zu tun. Auch vermöge das ebenfalls von Österreich vorgebrachte Ziel des Verbraucherschutzes die Massnahme schon deshalb nicht zu rechtfertigen, weil die Vertrauenswürdigkeit von Fachleuten in Bezug auf ihre Spezialkenntnisse im nationalen Steuerrecht nicht durch die blosse Tatsache in Frage gestellt werden könne, dass diese Personen nicht in Österreich niedergelassen sind. Art. 36 EWR-Abkommen sei von gleicher Art und Tragweite wie die im Wesentlichen identische Bestimmung des Art. 56 AEUV, so dass neben einem Verstoss gegen die zuletzt genannte Vorschrift auch ein solcher gegen Art. 36 EWR-Abkommen vorliege.

#### **b) Rs. C-400/08, *Kommission/Spanien***

In der Rs. C-400/08<sup>57</sup> stand ein in der Region Katalonien geltendes Genehmigungserfordernis für die Niederlassung neuer grosser Einzelhandelsunternehmen zur Debatte. Dabei war die Erteilung der Genehmigung an gewisse Voraussetzungen geknüpft. Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass diese Massnahme eine (unterschiedslos anwendbare) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstelle, da der Marktzugang von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werde. Zwar komme grundsätzlich eine Rechtfertigung aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls in Betracht. Jedoch sei den diesbezüglichen Anforderungen durch die spanischen Massnahmen nicht Genüge getan:

- Soweit die als zwingende Erfordernisse anzusehenden Anliegen des Umweltschutzes und der Raumordnung betroffen sind, könnten Beschränkungen bezüglich des Standorts und der Grösse von Einzelhandelsgeschäften grundsätzlich zur Erreichung dieser Ziele als geeignet angesehen werden. Jedoch habe Spanien nicht durch entsprechende Untersuchungen die Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahme dargelegt. Offenbar geht der Gerichtshof hier davon aus, dass angesichts der erheblichen Implikationen der in Rede stehenden Beschränkungen für die Niederlassungsfreiheit detaillierte Untersuchungen und Nachweise notwendig sind. Damit zeitigt die den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Rechtfertigung obliegende Beweislast recht weitgehende Auswirkungen, die auch den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum entsprechend beschränken.
- Soweit bei der Erteilung einer Genehmigung die Ausstattung des betreffenden Gebiets mit Einzelhandelseinrichtungen, die Auswirkungen neuer Ansiedlungen auf die Einzelhandelsstruktur sowie die Ansiedlungsdichte zu berücksichtigen sind, handle es sich hingegen um rein wirtschaftliche Gründe, die eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht zu rechtfertigen vermögen.
- Eine Verpflichtung, im Vorfeld der Erteilung einer Genehmigung ein Gutachten eines Gremiums zu verlangen, das insbesondere Aspekte der Raumordnung und des Umweltschutzes zu berücksichtigen hat, könne zwar grundsätzlich als geeignet angesehen werden, diese Zielsetzungen zu

---

<sup>57</sup>EuGH, Rs. C-400/08, *Kommission/Spanien*, Urt. v. 24.3.2011, EuZW 2011, 557.

verwirklichen. Da der fragliche Ausschuss jedoch praktisch ausschliesslich aus Personen zusammengesetzt sei, die die Interessen der etablierten örtlichen Händler vertreten, sei die Geeignetheit im konkreten Fall zu verneinen.

- Schliesslich sei ein Mechanismus der „stillschweigenden Ablehnung“ eines Antrags auf Niederlassung durch Schweigen bzw. Untätigkeit der Behörde nicht unverhältnismässig, wenn dagegen gerichtlich vorgegangen werden kann.

**c) Verb. Rs. C-403/08, C-429/08, *Football Association Premier League***

In den verb. Rs. C-403/08, C-429/08<sup>58</sup> ging es um eine durch nationales Recht aus Gründen des Urheberrechtes vorgesehene ausschliessliche Gebietslizenz für die Ausstrahlung von Fussballspielen i.V.m. dem Verbot, ausländische Decodiergeräte in Verkehr zu bringen. Neben verschiedenen Aspekten des Wettbewerbsrechts und des Urheberrechts stand u.a. die Vereinbarkeit mit dem freien Dienstleistungsverkehr zur Debatte. Der Gerichtshof befasste sich im Zusammenhang mit dem Verbot des Inverkehrbringens ausländischer Decodiervorrichtungen zunächst mit der Anwendbarkeit des Art. 56 AEUV und bejahte die alleinige Einschlägigkeit dieser Vorschrift, da der freie Warenverkehr gegenüber dem Dienstleistungsverkehr zweitrangig sei. Denn bei dem Verbot gehe es darum, es den Abonnenten zu verunmöglichen, gewisse Rundfunkdienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Weiter liege eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vor, da das Verbot dazu führe, dass der Zugang zu Satellitenrundfunkdiensten aus anderen Mitgliedstaaten verunmöglicht werde. Eine Rechtfertigung aufgrund des angestrebten Schutzes des geistigen Eigentums sei grundsätzlich möglich. Zwar handle es sich bei Sportereignissen an sich nicht um eine eigene geistige Schöpfung; jedoch seien Sportereignisse als solche einzigartig und hätten insoweit einen Originalcharakter, so dass sie einen mit dem Schutz von Werken vergleichbaren Schutz verdienten. Allerdings sei eine Rechtfertigung nur möglich, soweit die in Frage stehende Massnahme zur Wahrung der Rechte notwendig ist, die den spezifischen Gegenstand des betreffenden Rechts ausmachen. Beim geistigen Eigentum sei dieser insbesondere darin zu sehen, den Inhabern der betreffenden Rechte den Schutz der Befugnis zu gewährleisten, das Inverkehrbringen oder die Bereitstellung der Schutzgegenstände dadurch kommerziell zu nutzen, dass gegen Zahlung einer Vergütung Lizenzen erteilt werden. Hingegen garantiere der spezifische Gegenstand des geistigen Eigentums es den Rechteinhabern gerade nicht, dass sie die höchstmögliche Vergütung verlangen können. Geschützt sei vielmehr nur das Erlangen einer „angemessenen“ Vergütung für jede Nutzung der Schutzgegenstände. Die Einräumung einer gebietsabhängigen Exklusivität und der dafür den betreffenden Rechteinhabern gezahlte Aufschlag sei aber schon deshalb nicht als angemessen anzusehen, weil auf diese Weise eine absolute gebietsabhängige Exklusivität hergestellt werde, die zu abgeschotteten nationalen Märkten führe.

<sup>58</sup> EuGH, verb. Rs. C-403/08, C-429/08, *Football Association Premier League*, Urt. v. 4.10.2011, EWS 2011, 473. S. in diesem Zusammenhang auch EuG, Rs. T-68/08, *FIFA/Kommission*, Urt. v. 17.2.2011; EuG, Rs. T-55/08, *UEFA/Kommission*, Urt. v. 17.2.2011.

Zudem stehe es den Rechtsinhabern frei, für die Rechteeinräumung einen Betrag zu verlangen, der der tatsächlichen und potenziellen Einschaltquote sowohl im Sendemitgliedstaat als auch in anderen Mitgliedstaaten, in denen die Übertragungen durch die Verwendung von Decodiergeräten empfangen werden können, Rechnung trägt. Vor diesem Hintergrund könne das Verbot der Inverkehrbringung ausländischer Decodiergeräte nicht durch das Anliegen des Schutzes des geistigen Eigentums gerechtfertigt werden.

Das Urteil ist – in Bezug auf die Auslegung der Dienstleistungsfreiheit – insbesondere in zweierlei Hinsicht interessant:

- Erstens fasst der Gerichtshof das Schutzobjekt des geistigen Eigentums – soweit ersichtlich in dieser Form erstmals – sehr weit, indem er nicht nur eigene (geistige) Schöpfungen, sondern darüber hinaus auch sonstige „Originale“ ebenfalls erfasst sieht bzw. ihnen einen gleichwertigen Schutz zukommen lässt. Aufgeworfen wird damit die Frage, unter welchen Voraussetzungen – abgesehen von Sportereignissen – von solchen „Originalen“ gesprochen werden kann.
- Zweitens ist der entscheidende Grund für die Verneinung der Rechtfertigung in dem Urteil nicht in der Höhe der für die Einräumung der Übertragungsrechte vorgesehenen Vergütung als solcher, sondern in dem Aufschlag für die Gebietsexklusivität – der eben zu einer Marktabstottung führe – zu sehen. Dies ändert aber nichts daran, dass der Gerichtshof auch darauf hinweist, dass eine angemessene Vergütung in einem „vernünftigen Zusammenhang“ mit dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen müsse, so dass sie insbesondere mit der tatsächlichen oder potenziellen Zahl der Personen im Zusammenhang stehen müsse, die in ihren Genuss kommen (wollen). Auch hier bleibt jedoch die Frage offen, nach welchen Kriterien zu bestimmen ist, ob ein solcher „vernünftiger Zusammenhang“ anzunehmen ist.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Sofern die vorgenannten Urteile des Gerichtshofs die Dienstleistungsfreiheit betreffen, lassen sie sich als solche nicht auf das FZA übertragen, wenn man mit dem Bundesgericht<sup>59</sup> und dem EuGH<sup>60</sup> davon ausgeht, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen enthalte<sup>61</sup>, nicht hingegen ein Verbot sonstiger Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Schon deshalb ist etwa das Urteil in der Rs. C-387/10, (*Kommission/Österreich*) im Ergebnis nicht auf das FZA übertragbar. Im Übrigen ist auch Art. 22 Abs. 3 ii) Anhang I FZA zu beachten, wonach Finanzdienstleistungen, für die im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei eine vorherige Genehmigung erforderlich ist und deren Erbringer einer staatlichen Aufsicht unterliegen, von der Liberalisierung der grenzüberschreitenden Dienstleistungen ausgenommen sind.

<sup>59</sup> BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Ur. v. 15.7.2010. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (120 ff.).

<sup>61</sup> Siehe oben D.I.2.

Demgegenüber lässt sich die Urteilsbegründung des EuGH in der Rs. C-400/08 (*Kommission/Spanien*) betreffend ein Genehmigungserfordernis für die Niederlassung neuer grosser Einzelhandelsunternehmen grundsätzlich durchaus auf die Niederlassungsfreiheit nach dem Abkommen übertragen.<sup>62</sup> Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die im FZA gewährte Niederlassungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH nicht auf juristische Personen anwendbar ist<sup>63</sup>, weshalb das Urteil in der Praxis nur eine beschränkte Bedeutung für die Niederlassung von Einzelhandelsunternehmen nach dem FZA erlangen dürfte. Von Interesse für das Abkommen sind jedoch insbesondere die Ausführungen des Gerichtshofs zur Rechtfertigung aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls. Sowohl die Bemerkungen zur Darlegungs- und Beweislast der Mitgliedstaaten als auch die Definition wirtschaftlicher Gründe (die einen Eingriff von vornherein nicht rechtfertigen können) stellen letztlich eine Anwendung der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung dar und dürften daher auch im Rahmen des FZA so gelten. Bemerkenswert ist schliesslich, dass der EuGH Anforderungen an die Besetzung der am Genehmigungsverfahren beteiligten Gremien stellt. Insoweit geht es letztlich um die Konkretisierung des Merkmals der Geeignetheit gemäss den vor der Unterzeichnung des Abkommens bereits entwickelten Anforderungen an die Verhältnismässigkeit von die Grundfreiheiten beschränkenden Massnahmen. Diese Anforderungen lassen sich daher auch auf die Rechtfertigung von Eingriffen in die Rechte des FZA übertragen.

Das Urteil zu den verb. Rs. C-403/08, C-429/08 (*Football Association Premier League*) schliesslich lässt sich im Ergebnis nicht auf das FZA übertragen, da es wieder um eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit geht, welche nach der Ansicht von Bundesgericht und EuGH nicht vom Abkommen erfasst ist. Von Bedeutung für die Auslegung des FZA könnten aber insbesondere die weite Definition des Schutzobjekts des geistigen Eigentums wie auch das Konzept der „Marktabstottung“ und die Ausführungen zur Gebietsexklusivität sein, die sich auch auf die Rechtfertigung ähnlich gelagerter Eingriffe in die Grundfreiheiten und in die Rechte des Abkommens übertragen lassen.

## V. Arbeitnehmerentsendung

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (verb. Rs. C-307, 308, 309/09, *Vicoplus*)

In den verb. Rs. C-307, 308, 309/09<sup>64</sup> stand insbesondere der Begriff der Arbeitnehmerentsendung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 lit. c RL 96/71 über die

---

<sup>62</sup> Siehe zur Interpretation der Niederlassungsfreiheit im FZA als allgemeines Beschränkungsverbot und zur Relevanz der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung oben D.I.2.

<sup>63</sup> EuGH, Rs. 541/08, *Fokus Invest*, Slg. 2010, I-1025. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (119 f.).

<sup>64</sup> EuGH, verb. Rs. C-307, 308, 309/09, *Vicoplus*, Urt. v. 10.2.2011, EuZW 2011, 348.

Entsendung von Arbeitnehmern (Entsenderichtlinie)<sup>65</sup> zur Debatte.<sup>66</sup> Nach Art. 1 Abs. 3 RL 96/71 findet die Richtlinie in drei verschiedenen Sachverhaltskonstellationen der Arbeitnehmerentsendung Anwendung. Dabei nimmt Art. 1 Abs. 3 lit. c RL 96/71 Bezug auf Leiharbeitsunternehmen bzw. die Überlassung von Arbeitnehmern, während Art. 1 Abs. 3 lit. a RL 96/71 die Konstellation des Ortswechsels und Art. 1 Abs. 3 lit. b RL 96/71 diejenige der Entsendung eines Arbeitnehmers in eine Unternehmensgruppe oder eine Niederlassung des entsendenden Unternehmens betrifft. Der Gerichtshof sieht es für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 lit. c RL 96/71 als entscheidend an, dass zwischen dem Leiharbeitsunternehmen und dem Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis besteht. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift. Im Gegensatz zu einem Ortswechsel nach Art. 1 Abs. 3 lit. a RL 96/71 gehe es hingegen nicht um eine eigentliche „materielle“ Dienstleistung des Arbeitgebers, sondern Gegenstand der grenzüberschreitenden Dienstleistung sei die „Verleihung“ des Arbeitnehmers selbst, so dass dieser unter Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens arbeiten müsse. Nicht entscheidend sei hingegen, ob der Arbeitnehmer nach Beendigung der Entsendung wieder in seinen Herkunftsmitgliedstaat zurückkehrt oder nicht, da eine solche Rückkehr in allen Konstellationen des Art. 1 Abs. 3 RL 96/71 möglich sei. Ebenso wenig sei entscheidend, ob die vom Arbeitnehmer ausgeführten Aufgaben die Haupttätigkeit des Arbeitgebers des zur Verfügung gestellten Arbeitnehmers darstellten.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die Rechtsprechung des EuGH zu Fragen der Arbeitnehmerentsendung ist grundsätzlich auch für das Freizügigkeitsabkommen relevant. Denn das Abkommen gewährleistet im Bereich der Dienstleistungsfreiheit jedenfalls die Einreise und den Aufenthalt der Dienstleistungserbringer, wobei das Abkommen – wie die in Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA verankerte Massgeblichkeit der Entsenderichtlinie erkennen lässt – offensichtlich auch die Arbeitnehmerentsendung schützt, und zwar letztlich parallel zu den unionsrechtlichen Gewährleistungen.<sup>67</sup> Das Urteil liegt auch auf einer Linie mit der bisherigen, bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung und wendet diese lediglich auf (teilweise) neue Konstellationen an. Zu beachten ist jedoch, dass die Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen gemäss Art. 22 Abs. 3 i) Anhang I FZA von der Liberalisierung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs

---

<sup>65</sup> ABl. 1997 L 18, 1.

<sup>66</sup> Daneben betraf der Fall einige Fragen zur Tragweite von in der Beitrittsakte der 2004 beigetretenen Mitgliedstaaten enthaltenen Übergangsbestimmungen, die hier nicht näher zu erörtern sind. Diesbezüglich entschied der Gerichtshof insbesondere, dass die Arbeitnehmerüberlassung („Leiharbeitnehmer“) betreffende nationale Rechtsvorschriften unter die Übergangsregelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit fallen.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008, S. 55 (78 f., 82 f.) und *Epiney/Mosters*, SJER 2008/2009, S. 53 (75); *Epiney*, in: *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Fn. 5), 81 (95 ff.).

nach dem Abkommen nicht erfasst werden. Daher wäre der gleiche Sachverhalt nach dem Abkommen anders zu entscheiden als im EU-Recht.

## VI. Diplomanerkennung

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

#### a) Rs. C-424/09, *Ioanni Toki*

In der Rs. C-424/09<sup>68</sup> ging es – im Rahmen der Anwendung der RL 89/48 über die Anerkennung der Hochschuldiplome<sup>69</sup> – um die Anerkennung von Qualifikationen, die nicht staatlich, sondern durch einen (privaten und staatlich anerkannten) Verband geregelt sind. Ausserdem betraf das Urteil die genauen Anforderungen an die Berufserfahrung:

- Von Verbänden reglementierte Berufe sind nach Art. 1 lit. d RL 89/48 grundsätzlich staatlich reglementierten Berufen gleichgestellt. Der EuGH stellte in seinem Urteil fest, dass auf diese jedoch nicht der Mechanismus der „automatischen“ Anerkennung der Qualifikation aufgrund des Erlangens des erforderlichen Diploms gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 89/48 zur Anwendung komme. Stattdessen sei der zweite Anerkennungsmechanismus anwendbar, der eine Qualifikationsanerkennung im Zuge einer bestimmten Berufspraxis und bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen an die Ausbildung vorsieht. Der erste Mechanismus komme schon deshalb nicht in Frage, weil die Betroffenen nicht – wie von diesem vorausgesetzt – Inhaber eines Diploms sind, das in einem anderen Mitgliedstaat zur Ausübung des fraglichen Berufs erforderlich ist. Weiter schliesse der zweite Anerkennungsmechanismus ausdrücklich diejenigen Tätigkeiten, deren Ausübung an den staatlich geregelten Erwerb eines Diploms gebunden ist, von seinem Anwendungsbereich aus, während die wegen ihrer „Verbandsregelung“ ebenfalls als reglementierte Berufe anzusehenden Tätigkeiten nach Art. 1 lit. d UAbs. 2 RL 89/48 umfassend von Art. 3 Abs. 1 lit. b RL 89/48 erfasst würden.

Das Urteil bringt eine Klarstellung gegenüber der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofs, die diese Frage nicht eindeutig entschieden hatte.<sup>70</sup> Die Argumentation des EuGH überzeugt, denn die Gleichstellung der von Verbänden reglementierten Berufe in der Definition des Art. 1 lit. d RL 89/48 bezieht sich nur auf den Begriff der reglementierten beruflichen Tätigkeit, nicht hingegen auf den anwendbaren Anerkennungsmechanismus. Daher geht

<sup>68</sup> EuGH, Rs. C-424/09, *Ioanni Toki*, Urte. v. 5.4.2011, EuZW 2011, 437.

<sup>69</sup> ABl. 1989 L 19, 16.

<sup>70</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-149/05, *Price*, Slg. 2006, I-7691. S. auch den entsprechenden Hinweis in EuGH, Rs. C-424/09, *Ioanni Toki*, Urte. v. 5.4.2011, EuZW 2011, 437, Rn. 24, wo der Gerichtshof ausdrücklich erwähnt, dass sein Ansatz in Klarstellung bzw. (teilweise) in Abweichung von diesem Urteil erfolgt.



es hier letztlich um eine Art Rechtsfolgenverweisung, die die Unterscheidung zwischen beiden Arten von Berufen (staatlich reglementiert auf der einen Seite, von Verbänden reglementiert auf der anderen Seite) nicht aufhebt. Darüber hinaus erscheint es auch im Ergebnis sinnvoll, die doch sehr weitgehende „automatische“ Anerkennung allein aufgrund des Erlangens eines Diploms nur auf staatlich geregelte Berufe bzw. Berufsqualifikationen zu beziehen.

- In Bezug auf die Anforderungen an die Berufserfahrung, die für den Zugang zu einem reglementierten Beruf im Aufnahmemitgliedstaat zu erfüllen sind, betont der Gerichtshof, dass es ausreiche, dass die geltend gemachte Berufserfahrung im Rahmen einer vollzeitlichen Arbeit mit der dauerhaften und regelmässigen Ausübung einer Gesamtheit beruflicher Tätigkeiten, die den betreffenden Beruf kennzeichnen, einhergegangen sei. Es sei nicht notwendig, dass alle den Beruf im Aufnahmemitgliedstaat auszeichnenden Tätigkeiten abgedeckt wurden; anderenfalls würde der Anwendungsbereich des Anerkennungsmechanismus zu sehr eingeschränkt.<sup>71</sup> Welche beruflichen Tätigkeiten genau zu einem bestimmten Beruf gehören, sei in erster Linie eine Tatsachenfrage, die von den zuständigen Behörden und ggf. Gerichten des Aufnahmemitgliedstaats zu entscheiden sei. Dabei seien die normalerweise von Angehörigen des betreffenden Berufs im Aufnahmemitgliedstaat ausgeübten Tätigkeiten zugrunde zu legen. Ausserdem sei zu berücksichtigen, ob die Berufserfahrung in erster Linie in einer praktischen und mit dem Arbeitsmarkt für den betreffenden Beruf zusammenhängenden Erfahrung bestehe. Vor diesem Hintergrund könne in Bezug auf den Beruf des Umweltingenieurs eine an einer Universität ausgeübte allgemeine Forschungstätigkeit oder die Betreuung von Studierenden nicht als tatsächliche Ausübung dieses Berufs angesehen werden, während die Arbeiten in Kooperation der Universität mit privaten Unternehmen eine solche Ausübung darstellten. Schliesslich sei zu prüfen, ob der im Herkunftsland ausgeübte Beruf tatsächlich derselbe Beruf ist wie derjenige, für dessen Ausübung die Erteilung einer Genehmigung im Aufnahmemitgliedstaat verlangt wird.

Diese angesichts der Ausgestaltung und Systematik der Richtlinie überzeugenden Ausführungen des Gerichtshofs illustrieren (einmal mehr), dass die Frage nach der Anerkennung von Berufsqualifikationen zwar in den einschlägigen EU-Rechtsakten grundsätzlich umfassend und durchaus freizügigkeitsfreundlich geregelt ist, diese aber notwendigerweise generell-abstrakte Grundsätze enthalten, die auf den Einzelfall anzuwenden sind. Dabei ist das Ergebnis dieser Anwendung aufgrund der regelmässig bestehenden Unterschiede der Berufsbilder in den verschiedenen Mitgliedstaaten sehr häufig nur schwer vorauszusehen.

Zu bemerken bleibt in diesem Zusammenhang noch, dass sich das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-424/09 – wie erwähnt – auf die „alte“

---

<sup>71</sup>

Im Weiteren komme es nach dem klaren Wortlaut der Richtlinie nicht darauf an, ob der Beruf im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit oder in einer abhängigen Stellung für einen Privaten oder eine gemeinnützige Einrichtung ausgeübt wurde.

Anerkennungsrichtlinie bezieht. Inzwischen wurde diese durch die RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen<sup>72</sup> abgelöst, wobei die neue Richtlinie das System der Diplom- und Berufsqualifikationsanerkennung novellierte und zur Aufhebung einer ganzen Reihe von diesen Bereich betreffenden Richtlinien führte (vgl. Art. 62 RL 2005/36). Die in der Rs. C-424/09 entschiedenen Fragen jedoch stellen sich auf der Grundlage der RL 2005/36 in entsprechender Weise, da Art. 3 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1, 2 RL 2005/36 die Formulierungen aus der RL 89/48 in Bezug auf die Definitionen und die Anerkennungspflicht bei der Niederlassungsfreiheit aufgreifen. Insofern ist davon auszugehen, dass das Urteil auch auf der Grundlage der neuen Rechtslage zu beachten und relevant ist.

**b) Verb. Rs. C-372/09, C-373/09, *Josep Penarroja Fa***

Der Ausgangsrechtsstreit der verb. Rs. C-372/09, C-373/09<sup>73</sup> betraf einen in Barcelona wohnhaften Übersetzer, der in Katalonien während zwei Jahrzehnten den Beruf des vereidigten sachverständigen Übersetzers ausgeübt hat, nachdem er ein entsprechendes Auswahlverfahren durchlaufen hatte. Sein Antrag auf Eintragung als Übersetzer für die spanische Sprache in die Landesliste der Gerichtssachverständigen bei den zuständigen Gerichten in Frankreich wurde zurückgewiesen, da er nicht in einer von der *Cour d'appel* geführten Liste während dreier aufeinander folgender Jahre eingetragen war. Das mit dem Rechtsbehelf des Übersetzers befasste Gericht legte dem EuGH verschiedene Fragen zur Auslegung der die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Vorschriften des Vertrages vor. Die Aussagen des Gerichtshofs lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die Erledigung von Aufträgen im Rahmen von Sachverständigenleistungen als Übersetzer für ein Gericht durch Sachverständige, die in einer Liste bei einem Gericht eingetragen sind, könne nicht als die Ausübung eines reglementierten Berufs im Sinne der RL 2005/36 angesehen werden. Denn die Liste diene lediglich dazu, den Rückgriff auf Sachverständige zu erleichtern; jedoch werde weder eine bestimmte Qualifikation geprüft oder anerkannt noch könne ausschliesslich auf die in den Listen aufgeführten Personen zurückgegriffen werden. Diesen Erwägungen wird man noch hinzufügen können, dass es schon daran fehlt, dass die Ausübung des Berufs als sachverständiger Gerichtsübersetzer aufgrund einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist.
- Die von gerichtssachverständigen Übersetzern erbrachten Leistungen (Übersetzungen im Auftrag des Gerichts) seien als Dienstleistungen im Sinne des Art. 57 AEUV anzusehen. Hieran ändere weder der Umstand etwas, dass die Vergütung nach einem von der Behörde festgelegten Tarif erfolgt, noch derjenige, dass ein Gerichtssachverständiger nur auf richterliche Anweisung hin tätig wird.

<sup>72</sup> ABl. 2005 L 255, 22.

<sup>73</sup> EuGH, verb. Rs. C-372/09, C-373/09, *Josep Penarroja Fa*, Urt. v. 17.3.2011, EWS 2011, 156.

- Weiter sei diese Tätigkeit nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV anzusehen. Eine solche liege nur im Falle der unmittelbaren und spezifischen Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Gewalt vor. Dies sei bei Übersetzungen nicht gegeben, da diesen lediglich „Hilfscharakter“ zukomme und sie die richterliche Würdigung und die freie Ausübung der Rechtsprechung nicht tangierten.
- Die Verweigerung der Eintragung in die bei französischen Gerichten geführte Liste als gerichtssachverständiger Übersetzer stelle eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar. Denn die Gerichte dürften dazu neigen, in erster Linie auf Sachverständige zurückzugreifen, die auf derartigen Listen figurieren, da sie vermuten können, diese weisen die für ihre Unterstützung erforderlichen Eigenschaften auf. Daher sei diese Massnahme, auch wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende gilt, geeignet, die Erbringung von Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, was für die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 56 AEUV ausreiche.
- Grundsätzlich könne eine Massnahme wie die in Frage stehende zwar aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, zu denen der Schutz der Rechtsuchenden und die geordnete Rechtspflege gehörten, gerechtfertigt werden. Denn durch die vorgängige Eintragung in eine Liste bei der *Cour d'appel* könne sichergestellt werden, dass die Person bereits über eine gewisse praktische Erfahrung bei der Erledigung juristischer Übersetzungsaufgaben verfügt. Jedoch genüge die zwingende Erstreckung dieses Erfordernisses auf gerichtssachverständige Übersetzer eines anderen Mitgliedstaates nicht den Anforderungen der Verhältnismässigkeit, da die Qualifikationen, die der Bewerber in anderen Mitgliedstaaten erworben hat, nicht berücksichtigt werden können.
- Schliesslich betont der Gerichtshof im Anschluss an seine ständige Rechtsprechung, dass eine die Dienstleistungsfreiheit einschränkende Massnahme wie die im Ausgangssachverhalt zur Debatte stehende mittels eines gerichtlichen Rechtsbehelfs anfechtbar sein müsse. Dieser Rechtsbehelf müsse es ermöglichen, die Rechtmässigkeit der Massnahme im Hinblick auf die unionsrechtlichen Anforderungen zu überprüfen, womit auch eine Begründungspflicht impliziert sei.

**c) Rs. C-359/09, Ebert**

In der Rs. C-359/09<sup>74</sup> ging es einerseits um das Verhältnis der Rechtsanwaltsrichtlinie 98/5<sup>75</sup> zur allgemeinen Diplomanerkennungsrichtlinie (RL

---

<sup>74</sup> EuGH, Rs. C-359/09, *Ebert*, Urt. v. 3.2.2011.

<sup>75</sup> RL 98/5 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. 1998 L, 77, 36.

89/48<sup>76</sup>), andererseits um bestimmte Pflichten in Bezug auf die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs.

- In Bezug auf den ersten Aspekt stellte der Gerichtshof klar, dass ein Rechtsanwalt in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, in dem er sein Diplom erlangt bzw. seinen Beruf ausgeübt hat, die Wahl hat, ob er in diesem Aufnahmemitgliedstaat (in dem der Beruf des Rechtsanwalts reglementiert ist) entweder nach den in der RL 89/48 vorgesehenen allgemeinen Modalitäten der Anerkennung oder in Anwendung der spezifischen Regelungen der RL 98/5 Zugang zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufs sucht. Damit wird den Betroffenen also ein Wahlrecht eingeräumt, was schon deshalb überzeugend ist, weil die RL 98/5 auf die RL 89/48 verweist und im Übrigen die spezifische Richtlinie über Rechtsanwälte zu einer Verbesserung bzw. Erleichterung der Diplomanerkennung im Vergleich zu den allgemeinen Bestimmungen, nicht hingegen zu einer Einschränkung, führen sollte.
- Weiter stellt der Gerichtshof in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung<sup>77</sup> fest, weder die RL 89/48 noch die RL 98/5 hinderten einen Mitgliedstaat daran, die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs an bestimmte Vorgaben zu knüpfen, die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind. Dazu zählen etwa Vorschriften organisatorischer Art, Standespflichten oder Haftungsvorschriften, soweit sie für alle Personen gelten, die den Rechtsanwaltsberuf im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats ausüben.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das FZA nimmt auf die verschiedenen Diplomanerkennungsrichtlinien der EU Bezug. Diese sind gemäss Art. 9 FZA und Anhang III FZA auch im Verhältnis zur Schweiz anwendbar. Durch eine Änderung des Abkommens soll auch die neue Berufsqualifikationsanerkennungsrichtlinie 2005/36 in das Abkommen integriert werden. Der Gemischte Ausschuss hat am 30. September 2011 die dafür notwendige Anpassung des Anhangs III des FZA unterzeichnet. Seit dem 1. November 2011 wird die Anpassung provisorisch angewendet.<sup>78</sup> Soweit sich die Ausführungen des

<sup>76</sup> RL 89/48 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen, ABl. 1989 L 19, 16. Diese Richtlinie wurde durch die RL 2005/36 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22, aufgehoben. (Dagegen wurde die RL 98/5, im Gegensatz zu zahlreichen anderen Richtlinien auf dem Gebiet der Diplomanerkennung, gerade nicht in die allgemeine Richtlinie überführt.) Das hier anzuzeigende Urteil, das letztlich Grundfragen des Verhältnisses der allgemeinen Diplomanerkennungsrichtlinie zu einer spezifischen Richtlinie sowie den Anwendungsbereich der Richtlinie in Bezug auf gerade nicht die Diplomanerkennung betreffende Aspekte betrifft, dürfte auch auf der Grundlage der durch die RL 2005/36 geschaffenen neuen Rechtslage von Bedeutung sein. Denn beide Fragen sind durch die RL 2005/36 im Ergebnis parallel wie in der RL 89/48 geregelt.

<sup>77</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-225/09, *Jakubowska*, Urt. v. 2.12.2010; zu diesem Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (114 f.).

<sup>78</sup> <Medienmitteilung des Bundesrates vom 4.4.2012, <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=44038>> (zuletzt

EuGH auf die Diplomanerkennungsrichtlinien beziehen, sind sie durchwegs auf das Abkommens übertragbar, da sie entweder die vor der Unterzeichnung des FZA ergangene Rechtsprechung fortführen und anwenden (bzw. im bisherigen Rahmen weiterentwickeln) oder eine letztlich überzeugende Auslegung der jeweiligen Richtlinien darstellen. Daher dürfte auch die Auslegung der gleichen Rechtsakte im Rahmen des FZA zu den gleichen Ergebnissen gelangen.

Auch die Feststellung in der verb. Rs. C-372/09, C-373/09 (*Josep Penarroja Fa*), dass die Tätigkeit als sachverständiger Gerichtsübersetzer nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV anzusehen ist, ist auf das Abkommen übertragbar. Denn auch schon vor der Unterzeichnung des FZA hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass eine solche nur im Falle der unmittelbaren und spezifischen Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Gewalt vorliege.<sup>79</sup> Bei der Feststellung, ob eine Tätigkeit unter die Bereichsausnahme der Art. 10, 16 oder 22 Anhang I FZA fällt, ist daher ebenso zu entscheiden wie im Urteil des EuGH.

## VII. Steuerliche Fragen

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH<sup>80</sup>

#### a) Rs. C-155/09, *Kommission/Griechenland*

In der Rs. C-155/09<sup>81</sup> stand eine Regelung des griechischen Steuerrechts zur Debatte, wonach im Falle des erstmaligen Erwerbs einer Immobilie eine Befreiung von der Grunderwerbssteuer für Käufer mit inländischem Wohnsitz und (ausnahmsweise) für Griechen und Personen griechischer Abstammung mit mindestens sechsjährigem Wohnsitz im Ausland vorgesehen ist. Der Gerichtshof erachtete beide Aspekte der Regelung als nicht mit dem EU-Recht in Einklang stehend:

- Das Wohnsitzerfordernis verstosse gegen Art. 21, 45, 49 AEUV. Denn die aufgrund des Wohnsitzes getroffene Unterscheidung wirke sich hauptsächlich zum Nachteil von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten aus, da Personen ohne inländischen Wohnsitz oder Aufenthaltsort zumeist Ausländer seien. Im Übrigen habe ein solches Erfordernis eine abschreckende Wirkung auf nicht in Griechenland ansässige Personen, die ihr Recht auf Freizügigkeit in

---

besucht am 11.6.2012). Siehe zur RL 2005/36 und ihrer Übernahme in das FZA auch *Nina Gammethaler*, Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsdiplomen: Implikationen für die Schweiz, in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (Hrsg.), SJER 2009/2010, 323 ff.

<sup>79</sup> EuGH, Rs. 2-74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, Rn. 44 ff.; EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, Slg. 1986, 2121, Rn. 26 f..

<sup>80</sup> S. weiter auch noch EuGH, Rs. C-250/08, *Kommission/Belgien*, Urt. v. 1.12.2011, wo der Gerichtshof eine Steuervergünstigung durch das Anliegen der Kohärenz der Steuerregelung als gerechtfertigt erachtete. Vgl. zu steuerrechtlichen Fragen im Übrigen den Beitrag von *Xavier Oberson* (in diesem Band).

<sup>81</sup> EuGH, Rs. C-155/09, *Kommission/Griechenland*, Urt. v. 20.1.2011, EuZW 2011, 182.

Anspruch nehmen und sich daher in Griechenland eine erste Wohnung kaufen wollen. Eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (vorgetragen wurde die Erleichterung des Erwerbs von Wohneigentum durch Private sowie die Verhinderung der Wohnungsspekulation einerseits und die Vermeidung von Steuerhinterziehung und Missbrauch andererseits) sei jedenfalls schon deshalb ausgeschlossen, weil die Massnahme zur Erreichung dieser Zwecke nicht geeignet bzw. nicht erforderlich sei: Das Ziel, Spekulationen zu vermeiden, könne schon deshalb nicht erreicht werden, weil die betreffende Regelung keine Pflicht des Käufers enthalte, die betreffende Immobilie auch selbst als (ständigen) Wohnsitz zu nutzen. Gleiches gelte für das sozialpolitische Argument, dass die Regelung der Unterstützung von Familien mit mittlerem oder niedrigerem Einkommen diene. In Bezug auf das Ziel der Vermeidung von Steuerhinterziehung und von Missbräuchen sei die Regelung nicht erforderlich, da dieses Ziel auch in Bezug auf nicht im Inland ansässige Käufer erreicht werden könne, etwa indem geprüft wird, ob der Käufer bereits Eigentümer einer anderen Immobilie in Griechenland ist, oder das Erfordernis entsprechender eidesstattlicher Erklärungen der Käufer zu diesem Punkt.

Interessant an den Ausführungen des Gerichtshofs ist insbesondere, dass er gerade nicht feststellt, dass die vorgebrachten öffentlichen Interessen grundsätzlich Beschränkungen der Grundfreiheiten zu rechtfertigen vermögen, sondern betont, dass die Massnahmen jedenfalls nicht den Erfordernissen der Verhältnismässigkeit genügen. Dies ist insbesondere in Bezug auf das Anliegen der Vermeidung von Wohnungsspekulationen (sozialpolitische Ziele und die Ziele der Vermeidung von Steuerhinterziehung und Missbräuchen dürften in der Rechtsprechung grundsätzlich als mögliche Rechtfertigungsgründe anerkannt sein) interessant, da der An- und Verkauf von Wohnungen eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, die grundsätzlich sowohl durch die Grundfreiheiten als auch durch Art. 16 Grundrechtecharta (unternehmerische Freiheit) geschützt ist. Tatsächlich dürften die besseren Gründe dafür sprechen, dass das isolierte Ziel der Verhinderung von Spekulationen wohl einen wirtschaftlichen Grund im Sinne der Rechtsprechung darstellt, da es kein Selbstzweck sein kann, den Handel mit Immobilien und gewisse Preisentwicklungen zu unterbinden oder zu beschränken. Allerdings stellten zweifellos die hinter dem Anliegen der Spekulationsbekämpfung stehenden Zielsetzungen sozialpolitischer oder auch raumordnungspolitischer Art – die aber im Einzelnen zu spezifizieren wären – zwingende Interessen des Allgemeinwohls dar.

- Die Bevorzugung von Griechen und Personen mit griechischer Abstammung stelle eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Unabhängig davon, ob es auf Art. 18, 45 oder 49 AEUV gestützt werde, verlange das Diskriminierungsverbot, dass vergleichbare Sachverhalte nicht ungleich und ungleiche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden. Eine solche Behandlung könne aber dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Erwägungen beruhe und in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimerweise verfolgten Zweck stehe. Die konkret von Griechenland vorgebrachten Ziele der

Regelung – die Erleichterung der Rückkehr von Griechen und Personen griechischer Abstammung sowie der Schutz der Verbindung zwischen ausgewanderten Griechen und ihrem Herkunftsstaat – stellten jedoch keine objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängige Umstände dar, die eine unterschiedliche Behandlung im skizzierten Sinn rechtfertigen könnte, da sie unmittelbar auf die Staatsangehörigkeit der Betroffenen gestützt seien.

Man wird aus diesen Erwägungen einerseits ableiten können, dass auch direkte oder unmittelbare Diskriminierungen grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich sind. Andererseits lassen sie aber auch erkennen, dass eine Rechtfertigung für unmittelbare Diskriminierungen – abgesehen von einer Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, die in Bezug auf die Freizügigkeitsrechte bereits im Vertrag verankert sind – kaum vorstellbar ist, da sie gerade nicht „unmittelbar auf die Staatsangehörigkeit der Betroffenen gestützt“<sup>82</sup> sein dürfen. Es muss daher um andere Gründe als um die durch die Staatsangehörigkeit hergestellte enge Verbindung zum Staat gehen, was bei unmittelbaren Diskriminierungen in aller Regel nicht dargelegt werden kann, da ansonsten ein anderes Unterscheidungskriterium gewählt werden müsste.

#### **b) Rs. C-371/10, *National Grid Indus***

In den Niederlanden bestand eine Regelung, wonach im Falle des Wegzugs einer Gesellschaft aus den Niederlanden in einen anderen Mitgliedstaat (hier Grossbritannien) eine Steuer auf nicht realisierte Wertzuwächse beim Vermögen der Gesellschaft (etwa durch Kursgewinne bei einer Forderung) erhoben wird, die sofort (also zum Zeitpunkt der Verlegung) fällig wird. Im Ausgangssachverhalt der Rs. C-371/10<sup>83</sup> stellte sich die Frage, ob diese Regelung mit Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) im Einklang steht.

Der Gerichtshof stellte zunächst – wenig überraschend – fest, dass Art. 49 AEUV in einer solchen Fallgestaltung einschlägig sei. Da es um eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft gehe, die ihren satzungsmässigen Sitz sowie ihre Hauptverwaltung innerhalb der Union habe, könne sie sich in Bezug auf die in Frage stehende Steuer auf Art. 49 AEUV berufen. Diese stelle auch eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, denn nach der streitigen nationalen Regelung ziehe die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer Gesellschaft nach niederländischem Recht in einen anderen Mitgliedstaat die sofortige Besteuerung der nicht realisierten Wertzuwächse beim verlegten Vermögen nach sich, während solche Wertzuwächse (im Gegensatz zu realisierten Wertzuwächsen) nicht besteuert werden, wenn eine Gesellschaft ihren Sitz innerhalb des niederländischen Hoheitsgebietes verlegt. Allerdings könne die Besteuerung als solche durch das als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohl anzusehende Anliegen der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den

<sup>82</sup> EuGH, Rs. C-155/09, *Kommission/Griechenland*, Urt. v. 20.1.2011, EuZW 2011, 182, Rn. 71.

<sup>83</sup> EuGH, Rs. C-371/10, *National Grid Indus*, Urt. v. 29.11.2011, EuZW 2011, 951.

Mitgliedstaaten gerechtfertigt werden. Denn auf diese Weise würden Situationen verhindert, die das Recht des Herkunftsmitgliedstaats auf Ausübung seiner Steuerhoheit für die in seinem Hoheitsgebiet durchgeführten Tätigkeiten gefährden könnten. Die Regelung sei zur Verfolgung dieses Ziels auch geeignet, da eine Schlussrechnung über die Wertzuwächse in den Niederlanden zum Zeitpunkt der Verlegung des Sitzes zu erstellen ist, womit sichergestellt werde, dass (nur) die nicht realisierten Wertzuwächse, die unter der Steuerhoheit des Herkunftsmitgliedstaats vor der Sitzverlegung erzielt wurden, in diesem Mitgliedstaat der Gewinnsteuer unterworfen werden. Die Mitgliedstaaten hätten im Übrigen das Recht vorzusehen, dass solche latenten Wertzuwächse zu besteuern sind. Weiter sei auch die Nichtberücksichtigung allfälliger Wertminderungen nach der Verlegung der Gesellschaft verhältnismässig. Denn es bestehe ein enger Zusammenhang zwischen den Vermögenswerten der Gesellschaft, den steuerpflichtigen Gewinnen sowie der Möglichkeit, Verluste in Abzug zu bringen. Im Übrigen ergebe sich aus Art. 49 AEUV keine Garantie, dass die Verlegung des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat steuerneutral sein müsse, da die steuerlichen Regelungen der Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet seien. Hingegen sei die sofortige Fälligkeit bzw. Einziehung der Steuer auf die nicht realisierten Wertzuwächse unverhältnismässig.

## **2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU verbietet in Art. 7 lit. f. FZA und Art. 25 Anhang I FZA Diskriminierungen beim Erwerb von Immobilien. Zudem haben Arbeitnehmer gemäss Art. 9 Abs. 2 Anhang I und Selbständige gemäss Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA Anspruch auf die gleichen steuerlichen Vergünstigungen wie Inländer und Art. 2 FZA verbietet als allgemeines Diskriminierungsverbot (entsprechend Art. 18 und 45 Abs. 2 AEUV) umfassend Diskriminierungen „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“. Letzteres ist dann der Fall, wenn sich ein Angehöriger einer Vertragspartei (etwa als Arbeitnehmer, Niedergelassener oder Nichterwerbstätiger, Art. 24 Anhang I FZA) auf Grund eines Aufenthaltsrechts aus dem Abkommen auf dem Territorium der anderen Vertragspartei aufhält. Die auf die strukturell entsprechenden Diskriminierungsverbote im EU-Recht gestützten Ausführungen des EuGH in der Rs. C-155/09 (*Kommission/Griechenland*) können daher auf das Abkommen übertragen werden, da sie die vor der Unterzeichnung des FZA etablierte Rechtsprechung und deren Grundsätze lediglich auf einen neuen Sachverhalt anwenden. Relevant für die Auslegung des FZA sind ausserdem die Erläuterungen des EuGH zum Vorliegen einer (direkten oder indirekten) Diskriminierung und zur Rechtfertigung von Beschränkungen des Grunderwerbs durch Unionsbürger, da auch insoweit der EuGH auf seine vor der Unterzeichnung des FZA ergangene Rechtsprechung zurückgreift und diese lediglich auf einen neuen Sachverhalt anwendet.



Dagegen ist das Urteil zum Wegzug einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat nicht als solche auf das FZA übertragbar, da die im FZA gewährte Niederlassungsfreiheit nicht auf juristische Personen anwendbar ist.<sup>84</sup>

## VIII. Zur Auslegung des Begriffs hoheitlicher Gewalt

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*)

Mit seinem Urteil in der Rs. C-54/08<sup>85</sup> hat der Gerichtshof einige bereits seit längerem kontrovers diskutierte Fragen betreffend den Zugang zum Beruf des Notars entschieden. Der EuGH stellte fest, dass der Beruf des Notars – so, wie er in Deutschland geregelt ist – keine Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV darstelle und somit die Niederlassungsfreiheit auch in Bezug auf diesen Beruf zum Zuge komme. Daher sei auch das Staatsangehörigkeitserfordernis für den Zugang zum Beruf des Notars nicht mit Art. 49 AEUV vereinbar. Der Gerichtshof erinnerte zunächst an seine bisherige Rechtsprechung, dass die Niederlassungsfreiheit eine der grundlegenden Vorschriften des Unionsrechts darstelle und der Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV ein unionsrechtlicher Begriff sei, der als Ausnahme vom Grundsatz der Niederlassungsfreiheit eng auszulegen sei. Er müsse daher auf Tätigkeiten beschränkt sein, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Die Haupttätigkeit der Notare liegt laut EuGH in der Erstellung öffentlicher, mit Beweiskraft ausgestatteter und vollstreckbarer Urkunden in der gesetzlichen Form, wobei u.a. zu prüfen ist, ob alle gesetzlichen Voraussetzungen für die Erstellung der Urkunde vorliegen. Diese Tätigkeit als solche stelle schon deshalb keine unmittelbare und spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt dar, weil die von den Urkunden betroffenen Personen sich dem Prozedere freiwillig unterwerfen und der Notar gegen den Willen der Parteien keine Urkunde aufsetzen darf. An dieser Schlussfolgerung ändere auch der Umstand nichts, dass der Beizug eines Notars als Formerfordernis für die Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte zwingend vorgeschrieben sei. Gleiches gelte für den Umstand, dass der Notar durch die Prüfung des Vorliegens aller gesetzlichen Voraussetzungen auch das im Allgemeininteresse liegende Ziel, die Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, verfolge, und dass den Urkunden Beweiskraft und Vollstreckbarkeit zukomme. Allein diese Aspekte implizierten nämlich nicht die unmittelbare und spezifische Teilhabe an der

<sup>84</sup> EuGH, Rs. 541/08, *Fokus Invest*, Slg. 2010, I-1025. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (119 f.).

<sup>85</sup> EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Urt. v. 24.5.2011, EuZW 2011, 468; s. die weitgehend parallelen Erwägungen in EuGH, Rs. C-61/08, *Kommission/Griechenland*, Urt. v. 24.5.2011; EuGH, Rs. C-51/08, *Kommission/Luxemburg*, Urt. v. 24.5.2011; EuGH, Rs. C-50/08, *Kommission/Frankreich*, Urt. v. 24.5.2011; EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, Urt. v. 24.5.2011; EuGH, Rs. C-53/08, *Kommission/Österreich*, Urt. v. 24.5.2011.

Ausübung öffentlicher Gewalt. Es komme hinzu, dass der Notar frei gewählt werden könne, so dass er seinen Beruf in den Grenzen seiner örtlichen Zuständigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübe, was für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch sei, und dass allein der Notar für seine Tätigkeiten bzw. entsprechende Fehler hafte. In einem *obiter dictum* weist der EuGH jedoch auch darauf hin, dass das Anliegen der Gewährleistung der Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten bzw. Rechtsgeschäften zwischen Privaten einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen könne, der Beschränkungen des Art. 49 AEUV (wie die Beschränkung der Zahl der Notare und ihrer örtlichen Zuständigkeit, die Regelung ihrer Bezüge, ihre Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit sowie Unvereinbarkeitsregelungen und besondere Bestellungsverfahren) rechtfertigen könne, sofern den Anforderungen der Verhältnismässigkeit Genüge getan ist.

Der Gerichtshof stellt damit bei der Auslegung des Art. 51 AEUV entscheidend darauf ab, dass die Dienste der Notare freiwillig in Anspruch genommen werden und auch der Inhalt der vom Notar beurkundeten Rechtsgeschäfte – im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben – vom Willen der Parteien bzw. involvierten Personen abhängt. Die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV dürfte damit grundsätzlich von vornherein nur unter der Voraussetzung anzunehmen sein, dass der jeweiligen Tätigkeit ein irgendwie geartetes Zwangselement innewohnt, was bei selbständigen Tätigkeiten nur in Ausnahmefällen (etwa bei der Übertragung bestimmter staatlicher Aufgaben auf Private) der Fall sein wird. Allein gewisse besondere Befugnisse oder Wirkungen einer Tätigkeit auf der Grundlage staatlicher Regelungen reichen somit nicht aus. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch angemerkt, dass der Gerichtshof einen Verstoss gegen die Pflicht zur Umsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinien (RL 89/48 und die Nachfolgerichtlinie RL 2005/36) verneint. Denn es sei unklar gewesen, ob der Beruf des Notars eine Ausübung öffentlicher Gewalt darstelle.<sup>86</sup> Solche Berufe sind bzw. waren jedoch vom Anwendungsbereich dieser Richtlinien ausgenommen. Dieser Ansatz ist insofern bemerkenswert, als grundsätzlich derartige Ungewissheiten nichts daran ändern, dass ein Verstoss gegen die Umsetzungspflicht vorliegt (anderes gilt etwa für die Frage der Staatshaftung der Mitgliedstaaten bei unterbliebener oder fehlerhafter Umsetzung von Richtlinien). Divergenzen über die rechtliche Tragweite von Richtlinienbestimmungen sind denn auch häufig und gehen grundsätzlich „zu Lasten“ der Mitgliedstaaten, auch wenn diese „gutgläubig“ eine Richtlinienbestimmung nicht korrekt umgesetzt haben. Immerhin waren im konkreten Fall auch gewisse Meinungsäusserungen von Unionsorganen zu verzeichnen, die eher davon ausgingen, dass Notare von den erwähnten Richtlinien nicht erfasst wären. Gleichwohl hätte aber die genaue dogmatische Konstruktion des Gerichtshofs in Bezug auf diesen Aspekt interessiert, zumal die Aussage des Gerichtshofs, es sei nicht möglich festzustellen, dass „eine hinreichend klare Verpflichtung für die Mitgliedstaaten“ (Rn. 142) bestand, auch insofern unklar bleibt, als sie insinuiieren könnte, aus der RL 2005/36 seien auch in Zukunft keine

---

<sup>86</sup> Diese Erwägungen werden in EuGH, Rs. C-52/08, *Kommission/Portugal*, Urt. v. 24.5.2011, ebenfalls angestellt.

Pflichten in Bezug auf den Notarberuf abzuleiten bzw. diese sei auf Notare nicht anwendbar.<sup>87</sup>

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Vor dem Urteil des EuGH war die genaue Beurteilung der notariellen Tätigkeiten in Bezug auf die Ausnahmenvorschrift zu Gunsten von Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, noch nicht geklärt und stark umstritten. Daher ist die diesbezügliche Entscheidung des EuGH keine bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigende „alte“ Rechtsprechung. Der EuGH wendet jedoch bereits in der Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des Abkommens etablierte Kriterien an, wenn er darauf abstellt, dass der Begriff der öffentlichen Gewalt ein autonomer Begriff des Unionsrechts sei, der eng ausgelegt werden müsse. Auch die übrigen im Laufe der Prüfung angestellten Überlegungen orientieren sich an den in der Rechtsprechung vor der Unterzeichnung bereits entwickelten Kriterien und lassen sich daher ebenfalls auf das Abkommen übertragen. Geht man mit dem Bundesgericht<sup>88</sup> und dem EuGH<sup>89</sup> davon aus, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen betreffe<sup>90</sup>, nicht hingegen sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, dürfte das FZA kein Recht auf grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung durch im Ausland ansässige Notare enthalten (auch innerhalb der EU sind die diesbezüglichen Auswirkungen des Urteils im Übrigen noch nicht genau abzuschätzen). Gute Gründe sprechen jedoch dafür, dass der Zugang zum Notarberuf (im Angestelltenverhältnis oder als Selbständiger) nicht an das Erfordernis der Staatsangehörigkeit geknüpft werden darf, so dass schweizerische Staatsangehörige in der EU und Unionsbürger in der Schweiz bei Vorliegen der fachlichen Voraussetzungen diskriminierungsfrei zum Notarberuf zuzulassen sind. Dies gilt auch für Staatsangehörige der neuen Mitgliedstaaten der EU, da das Diskriminierungsverbot und die Vorschriften über die Diplomanerkennung seit Inkrafttreten des Abkommens anwendbar sind. Zu beachten bleibt dabei, wie der EuGH ausdrücklich betont, dass dann, wenn eine Tätigkeit nicht als hoheitlich anzusehen ist, noch zu prüfen bleibt, ob eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit bzw. aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls in Betracht kommt.<sup>91</sup> Dadurch lässt sich wohl nicht das Erfordernis der Staatsangehörigkeit, jedoch andere Regelungen der notariellen Tätigkeit rechtfertigen.

---

<sup>87</sup> So denn auch die Auslegung des Urteils bei *Fuchs*, EuZW 2011, 475 f.

<sup>88</sup> BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

<sup>89</sup> EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Urt. v. 15.7.2010. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75 (120 ff.).

<sup>90</sup> Siehe oben D.I.2.

<sup>91</sup> EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Urt. v. 24.5.2011, EuZW 2011, 468, Rn. 98.

## E. Zur Auslegung des FZA

Der Gerichtshof hatte sich im Berichtszeitraum mehrere Male zu Fragen der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu äussern, wobei in erster Linie zwei Urteile von Bedeutung sind.

### I. Rs. C-506/10, *Graf*

In der Rs. C-506/10<sup>92</sup> ging es um die Auslegung des Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA, der den Grundsatz der Gleichbehandlung betreffend den Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung für Selbständige (und nach der Rechtsprechung auch für selbständige Grenzgänger) verankert. Der Gerichtshof hält hier in Bezug auf die allgemeinen Grundsätze, die bei der Auslegung des Abkommens zum Zuge kommen, fest, dass die Schweiz sich zwar nicht für eine Teilnahme am EWR und am EU-Binnenmarkt entschieden habe, aber gleichwohl durch eine Vielzahl von Abkommen mit der Union verbunden sei, die weite Bereiche abdecken und spezifische Rechte und Pflichten vorsehen, die in mancher Hinsicht den im Vertrag festgelegten entsprechen. Die allgemeine Zielsetzung dieser Abkommen (einschliesslich des FZA) bestehe darin, die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz zu intensivieren.

Ausgehend von diesen Grundsätzen und unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH vor dem Datum der Unterzeichnung des Abkommens legt der Gerichtshof zunächst den Begriff der Diskriminierung aus. Dieser umfasse ebenso wie im Unionsrecht auch materielle Diskriminierungen. Weiter greift er auch bei der Auslegung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Ordnung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA auf die einschlägigen unionsrechtlichen Grundsätze zurück, indem er diese Einschränkung eng auslegt und die Anliegen der Raumordnung sowie der angemessenen Aufteilung landwirtschaftlicher Flächen nicht unter diese Ausnahme subsumiert. Interessanterweise weist der Gerichtshof zwar darauf hin, dass die genannten Anliegen unter bestimmten Umständen berechtigte Ziele des Allgemeininteresses darstellen könnten. Allerdings prüft er nicht wirklich, ob derartige Anliegen auch die durch das Abkommen gewährleisteten Rechte einschränken können (wie dies im EU-Recht bei materiellen Diskriminierungen der ständigen Rechtsprechung entspricht), sondern beschränkt sich darauf festzuhalten, dass Vorschriften wie die im Ausgangsverfahren fraglichen unter keinen Umständen dem Begriff „öffentliche Ordnung“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA zugeordnet werden und die aufgrund dieses Abkommens eingeräumten Rechte einschränken könnten. Diese Schlussfolgerung kann entweder darauf beruhen, dass der Gerichtshof der Ansicht ist, zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls könnten die durch das Abkommen eingeräumten Rechte grundsätzlich nicht beschränken, oder aber, dass es sich im konkreten Fall um Anliegen handelt, die von vornherein keine solchen zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls darstellen können. Dies könnte hier nahe liegen, da es letztlich um wirtschaftliche Erwägungen ging. Durch die Regelung sollten nämlich „Wettbewerbsverzerrungen“ vermieden

<sup>92</sup> EuGH, Rs. C-506/10, *Graf*, Urt. v. 6.10.2011.

werden, die darauf beruhen, dass Schweizer Pächter die in Deutschland auf gepachtetem Land produzierten Produkte in der Schweiz teurer verkaufen können als in Deutschland und damit eine höhere Pacht in Deutschland zu zahlen bereit waren als deutsche Landwirte. Ein allgemeiner Ausschluss der Möglichkeit, die Abkommensrechte durch zwingende Ziele des Allgemeinwohls zu beschränken, würde den Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien zumindest in gewissen Konstellationen stärker einschränken, als dies im Unionsrecht der Fall ist.

Jedenfalls lehnt sich der EuGH bei der Auslegung der in Frage stehenden Begriffe des Abkommens in diesem Urteil unter Hinweis auf die Zielsetzung des Abkommens eng bzw. quasi vollumfänglich an die Rechtslage im Unionsrecht an und weist insbesondere darauf hin, dass zahlreiche Verpflichtungen der Abkommen der Union mit der Schweiz unionsrechtlichen Vorschriften entsprechen.

## II. Rs. C-257/10, *Bergström*

In der Rs. C-257/10<sup>93</sup> stand eine sozialversicherungsrechtliche Frage im Vordergrund. Der Fall betraf eine Familienleistung eines Mitgliedstaats der EU in Gestalt eines einkommensabhängigen Ausgleichs für die Kinderbetreuung. Es ging darum, ob die diesbezüglichen Anspruchsvoraussetzungen auch durch Arbeit und Versicherung in der Schweiz erfüllt werden können und ob diese Arbeit in der Schweiz bei der Berechnung der Höhe dieses Anspruchs zu berücksichtigen ist. Der Gerichtshof bejahte beide Fragen in Anwendung der entsprechenden Vorschriften der VO 1408/71 und stellte damit die Schweiz in dieser Beziehung vollumfänglich einem EU-Mitgliedstaat gleich.

Bemerkenswert an dem Urteil ist weniger dieser Schluss denn der Umstand, dass der Gerichtshof in seinen Vorbemerkungen einige grundsätzliche Ausführungen zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens macht:

- Erstens weist er – im Gegensatz zu den bisherigen Urteilen zum Freizügigkeitsabkommen – auf die Präambel des FZA hin, wonach die Freizügigkeit zwischen den Vertragsparteien „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“ ist.
- Weiter leitet der Gerichtshof allgemein aus dieser Zielsetzung ab, dass „diese Freiheit“ beeinträchtigt würde, wenn ein Staatsangehöriger eines Vertragsstaats allein deshalb in seinem Herkunftsland einen Nachteil erlitte, weil er sein Freizügigkeitsrecht ausgeübt hat, eine Überlegung bzw. ein Grundsatz, der auch in anderen Bereichen als dem Sozialversicherungsrecht zum Zuge kommen kann.
- Art. 8 lit. a FZA erwähne die „Gleichbehandlung“, wobei der ausdrückliche und allgemeine Verweis auf diesen Grundsatz zeige, dass er im Anwendungsbereich des Artikels unabhängig von Art. 2 FZA, der die Anwendung des Diskriminierungsverbots vom Aufenthalt einer begünstigten Person im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei abhängig macht, gelte. Offenbar geht der Gerichtshof damit – ohne dies jedoch ausdrücklich zu sagen – davon aus, dass dieser Gleichbehandlungsgrundsatz des Abkommens

<sup>93</sup> EuGH, Rs. C-257/10, *Bergström*, Urt. v. 15.12.2011.

parallel wie der entsprechende Grundsatz im Unionsrecht auszulegen ist. Weiter lässt die Formulierung des Gerichtshofs den Schluss zu, dass er Art. 2 FZA offenbar eine eigenständige Bedeutung beimisst, wenn er auch seine Tragweite durch die Bezugnahme auf die Notwendigkeit des Aufenthalts im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei beschränkt. Noch nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage, ob Art. 2 FZA darüber hinaus in Anlehnung an Art. 18 AEUV auszulegen ist, dem diese Bestimmung ersichtlich nachgebildet ist.

## **F. Schlussbemerkung**

Auch der Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit im Jahr 2011 und ihre (mögliche) Relevanz für die Schweiz im Rahmen der Auslegung des FZA vermag (einmal mehr) die kaum zu überschätzende Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zu illustrieren, obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA an sich nur eine Berücksichtigungspflicht der bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung formuliert. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass – von Ausnahmen abgesehen – die weiterentwickelte Rechtsprechung des EuGH insoweit vollumfänglich für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevant ist, als dessen Anwendungsbereich eröffnet ist und es auf Begriffe bzw. Konzepte des Unionsrechts zurückgreift.